

بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود

الكاساني الحنفي

المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض   الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

تتمة كتاب البيوع - الكفالة - الحوالة

الوكالة - الصلح - الشركة

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



الطبعة الثانية
٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-0417-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

(بقية كتاب البيوع ـ شرائط الصحة)

ومنها الخلو عن الشُّروط الفاسدة[1]، وهي أنواع: ـ منها: شرط في وجوده وغرر؛ نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل؛ لأن المشروط لا يحتمل الوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال؛ لأن عظم البطْن والتحرّك يحتمل أن يكون لعارض داءٍ أو غيره، فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع؛ لما روي عن رسول الله ﷺ «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَغَرَرٍ»[2]، والمنهي عنه

---

(١) والشرط الفاسد: هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه.

(٢) أخرجه مسلم (٣/١١٥٣) كتاب البيوع: باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر حديث (٤/١٥١٣) وأبو داود (٣/ ٢٥٤) كتاب البيوع: باب في بيع الغرر حديث (٣٣٧٦) والترمذي (٣/ ٥٣٢) كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية بيع الغرر حديث (١٢٣٠) والنسائي (٧/ ٢٦٢) كتاب البيوع: باب بيع الحصاة، وابن ماجه (٢/ ٧٣٩) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع الحصاة حديث (٢١٩٤) وأحمد (٢/ ٣٧٦، ٤٣٦، ٤٣٩) والدارمي (٢/ ٢٥١) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الغرر، (٢/ ٢٥٤) كتاب البيوع: باب في بيع الحصاة، وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٥٩٠) والدارقطني (٣/ ١٥ ـ ١٦) كتاب البيوع رقم (٤٧) والبيهقي (٥/ ٢٦٦) كتاب البيوع: باب من قال لا يجوز بيع العين الغائبة والبغوي في «شرح السنة». (٤/ ٢٩٧ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق عبيد الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال البغوي: هذا حديث صحيح.

وللحديث شواهد من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب مرسلاً وسهل بن سعد الساعدي.

ـ حديث ابن عمر.

أخرجه ابن حبان (١١٥ ـ موارد) والبيهقي (٥/ ٣٣٨) كتاب البيوع، كلاهما من طريق المعتمر عن أبيه عن نافع عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٦) وإسناده حسن صحيح وأخرجه أبو نعيم في «الحلية» (٧/ ٩٤) من طريق معاوية عن سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر به. وقال أبو نعيم: تفرد به معاوية عن سفيان.

وأخرجه الخطيب في تاريخ بغداد (٦/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦) من طريق إسحاق بن حاتم العلاف ثنا يحيى بن سليم عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر به.

حديث ابن عباس

=

فاسدٌ، وروى الحسن بن زيادٍ، عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنهما ـ أن البيع بهذا الشَّرط جائز؛ لأن كونها حاملاً بمنزلة شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك، وذا جائز، فكذا هذا[1].

= أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٣٩) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر حديث (٢١٩٥) وأحمد (١/ ٣٠٢) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٧/ ٣) كلهم من طريق أيوب بن عتبة عن يحيى بن أبي كثير عن عطاء عن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.
ومن طريق أيوب أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٥٤) رقم (١١٣٤١).
وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٧١): هذا إسناد ضعيف لضعف أيوب بن عتبة قاضي اليمامي.
وللحديث طريق آخر عن ابن عباس.
أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٥٤) رقم (١١٦٥٥) من طريق النضر أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر.
قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٨٣): رواه الطبراني في الكبير وفيه النضر أبو عمر وهو متروك.
ـ حديث أنس بن مالك.
أخرجه أبو يعلى (٥/ ١٥٤ ـ ١٥٥) رقم (٢٧٦٧) من طريق إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تلامسوا ولا تناجشوا ولا تبايعوا الغرر ولا يبيعن حاضر لباد».
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٨١) وقال: رواه أبو يعلى وفيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف وذكره الحافظ في «المطالب العالية» (١/ ٣٩٩) رقم (١٣٣٧) وعزاه لأبي يعلى.
ـ حديث سهل بن سعد.
أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٨٣) وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح خلا إسماعيل بن أبي الحكم الثقفي وثقه أبو حاتم ولم يتكلم فيه أحد.
مرسل سعيد بن المسيب.
أخرجه مالك (٢/ ٦٦٤) كتاب البيوع: باب بيع الغرر حديث (٧٥) والبيهقي (٥/ ٣٣٨) كتاب البيوع، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٩٧ ـ بتحقيقنا) من طريق أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر.
قال البيهقي: هذا مرسل.
وقال البغوي: هكذا رواه مالك مرسلاً وقد صح موصولاً.

(١) والشروط عند الإمام الشافعي: فالذي يؤخذ من كتب المذهب المختلفة، أن الشرط الواقع في العقد ينقسم إلى الأنواع الآتية:
النوع الأول ـ الشرط الذي يقتضيه العقد وهو ما يكون الملتزم به حكماً من أحكام العقد وأثر من آثاره، وحكم هذا النوع؛ أن لا يضير العقد ذكره، ولا ينقض إهماله، لثبوت موجبه ومقتضاه في الحالتين، وذلك كاشتراط المشتري في عقد البيع أن ينتفع بالعين المشتراه كيف شاء، وأن يتصرف فيها بجميع ما يملكه من التصدقات من بيع، وإجارة، وهبة، ورهن، ووقف وغير ذلك؛ فإن هذه الأمور تثبت للمشتري بمقتضى عقد البيع سواء شرطها في العقد أم لا.
ومثال ذلك أيضاً: اشتراط المرتهن في عقد الرهن، أن يكون مقدماً في الاستيفاء من العين المرهونة على سائر الغرماء؛ واشتراط الشركاء في عقد الشركة، تقسيم الربح الناتج منها بنسبة يملكه كل واحد منهم =

....

= في رأس المال، أو ألاَّ يتصرف أحدهم في مال الشركة تصرفاً يعود بالضرر على باقي الشركاء؛ كالبيع بغير فاحش، والسفر لغير حاجة وغير ذلك؛ فهذه كلها أحكام تثبت بمقتضى عقد الرهن، والشركة سواء نص عليها أم لا، فاشتراطها وعدم اشتراطها سواء.

والنوع الثاني ـ الشرط الذي لا يقتضيه العقد ـ ولكن في اشتراط مصلحة تعود على العقد أو العاقدين أو أحدهما ـ كاشتراط الأشهاد على البيع أو الاجارة، أو الرهن ونحوها، أو اشتراط كتابتها في صك؛ فإن ذلك فيه توكيد لنفس العقد، وضمان من الجحود والأنكار، وهي مصلحة للعقد أو للعاقد، ومن هذا النوع أيضاً: اشتراط الرهن، والكفيل بالثمن، أو المبيع الذي قد أجل تسليمه؛ فإن ذلك شرط مؤكد لما يجب بالعقد، وهو تسليم المبيع والثمن.

ومثال ذلك أيضاً، اشتراط صفات يرغب فيها في العين المعقود عليها، كاشتراط البائع أن تكون الأرض صالحة للزراعة، أو ألا تكون مرهونة، أو أن تكون الدابة حلوباً، أو حاملاً؛ على الأصح في المذهب، وكاشتراط الرجل في النكاح أن تكون المرأة شابة، أو جميلة، أو بكراً، ونحو ذلك من الأوصاف التي يرغب فيها عادة.

وحكم هذا النوع، أن يتقيد العقدين ويثبت فيه، ويكون لصاحب الشرط الخيار في فسخ العقد عند فوات المشروط؛ لأن الرضا بالعقد إنما كان لأجل تحقق المشروط فيه، فإذا انتفى ذلك المشروط زال الرضا بالعقد، فيكون له الخيار بين: نسخ العقد، وبين إمضائه، دفعاً للضرر الذي قد يلحقه من لزوم العقد حينئذ.

والنوع الثالث: الشرط الذي يخالف مقتضى العقد، ولم يرد الشرع بجوازه؛ وكان فيه منفعة مقصودة للشارط في عرف الناس وعادتهم.

وأثر هذا النوع، أن يبطل العقد الذي يشترط فيه، ويجعله كأن لم يكن، سواء أكان من عقود المفاوضات، كالنكاح، والبيع، والإجارة؛ أم كان من عقود التبرعات كالهبة، والقرض، والرهن، والكفالة، ونحوها.

والوجه في ذلك: أن هذا الشرط لما خالف مقتضى العقد كان باطلاً؛ للأدلة الكثيرة الدالة على ذلك مثل «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، وغيره مما تقدم في المبحث الأول؛ وإذا بطل الشرط، والقرض ـ أن فيه منفعة مقصودة للشارط ـ وجب أن يبطل العقد أيضاً، لفوات الرقابة حينئذ من الشارط؛ لأنه لم يرضى بالعقد إلا بتحقق ما شرط فيه؛ فإذا لغا الشرط وبطل، فات رضاه بالعقد، والرضى شرط في صحة العقود جميعها.

وبناء على هذا: حكموا بفساد النكاح وبطلانه؛ إذا اشترط فيه أحد الزوجين الخيار لنفسه، أو لغيره مدة معلومة، لمخالفة هذا الشرط لمقتضى النكاح، وحكمه؛ وهو اللزوم.

وحكموا أيضاً؛ بفساد عقد البيع؛ إذا اشترط البائع أو المشتري فيه شرطاً يخالف حكمه، كأن يشترط البائع فيه على المشتري ألا يتصرف في العين المبيعة بالبيع، أو الرهن، أو الهبة، أو أنه إذا أراد بيعها، فالبائع أحق بها بنفس الثمن؛ أو يشرط المشتري على البائع أن يحمل له السلعة إلى مكان معين، أو أن يرجع عليه بالخسارة التي تلحقه من البيع.

وقالوا: ببطلان عقد القرض وفساده؛ إذا اشترط فيه المقرض على المستقر من أن يرد عليه أجود مما =

....

= أخذ، كان يقرض إردباً من القمح البلدي على أن يرد عليه إردباً من القمح الهندي «مثلاً». وقالوا: أيضاً بفساد الرهن، إذا اشترط فيه الراهن على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة عند حلول الدين أصلاً، أو حتى يمضي شهر بعد حلول، أو اشترط فيه ضمان العين المرهونة عند الهلاك، أو أن يكون المرتهن وغيره من الغرماء في الاستيفاء من العين سواء؛ لأن هذه الشروط كلها مخالفة لمقتضى عقد الرهن. وحكمه: إذ مقتضاه أن المرتهن يملك بيع العين المرهونة عند حلول الدين؛ وأن يقدم في الاستيفاء منها على سائر الغرماء، وأن العين في يده أمانة لا تضمن إلا بما تضمن به الأمانات، فيكون اشتراكها مفسداً لعقد الرهن؛ وملغياً لحكمه.

وقالوا كذلك: ببطلان عقد الشركة؛ إذا اشترط فيه شرط يخالف حكمه، كاتفاق الشركاء على توزيع الأرباح أو الخسارة، على وجه لا يتناسب مع ما يملكه كل منهم من رأس المال؛ كأن يتفقوا على أن يكون لواحد منهم الربع من الربح، وهو يملك خمس رأس المال، وأن يكون على واحد منهم الثلث في الخسارة، وهو يملك الربع من رأس المال.

ومثل ذلك؛ ما لو شرط أخبر الشركاء أن يكون له مبلغ معين من الربح كمائة «مثلاً»؛ فإنه شرط يخالف مقتضى عقد الشركة، إذ مقتضاه الاشتراك في الربح الناتج من التجارة، فقد لا تربح الشركة إلا هذا المقدار الذي اشترطه أحد الشركاء؛ فإذا أخذه عملاً بموجب الشرط لم يوجد الاشتراك في الربح، الذي هو موجب عقد الشركة ومقتضاه، فاشتراط مبطل للعقد.

وقرروا كذلك، بطلان عقد القراض بكل شرط يخالف مقتضاه، وحكمه، كاشتراط رب المال على العامل بقاء رأس المال في يده، أو أن يشترك معه في أعمال التجارة، أو أن تكون لديه يد ضمان لا يد أمانة؛ فهذا كله مخالف لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاه تسليم المال إلى العامل واستقلاله بالتجارة، وانتفاء الضمان عنه، إلا إذا حصل منه تعد أو تفريط في الحفظ؛ وهكذا سائر العقود التي يشترط فيها ما يخالف مقتضاها.

والنوع الرابع ـ الشرط الذي يخالف مقتضى العقد، ولكن لا يتضمن منفعة تقصد في عرف الناس وعادتهم.

وحكم هذا النوع، أن لا أثر له في العقد أصلاً؛ بل يلغو وحده ويبقى العقد صحيحاً، وذلك لأن لما خلا عن الفائدة، فلا يترتب على إلقائه فوات الرضا بالعقد ممن اشترط، حتى يجب الحكم بفساده، كما هو الحال في صورة الشرط المفسد.

ومثلوا لهذا النوع: باشتراط المرأة في عقد النكاح أن يؤكلها الرجل طعاماً معيناً، أو يلبسها نوعاً معيناً من الثياب، وباشتراط البائع على المشتري، أو الراهن على المرتهن أن يطعم المبيع، أو المرهون طعاماً معيناً، أو أن ينتفع بالمبيع على نحو خاص، وما أشبه ذلك من الشروط التي ليس فيها منفعة تقصد في العرف والعادة.

هذه خلاصة أقسام الشرط، وأثر كل قسم منها في العقد عند الشافعية، أما أقسامه وآثاره عند المالكية فنذكرها فيما يلي:

القسم الأول ـ الشرط الصحيح، وهو ما يكون موجبه حكماً من أحكام العقد، وأثراً من آثاره، أو لا يكون موجبه ذلك، ولكن لا يخالف مقتضى العقد، ولاينافي حكمه. فهو نوعان: =

....

= **النوع الأول** ـ الشرط الذي يكون موجبه حكماً من أحكام العقد ومثاله، اشتراط المرأة، أو وليها في عقد النكاح أن ينفق عليها الزوج، وأن يكسوها، أو يقسم لها، واشتراط المشتري على البائع أن يسلمه السلعة، أو أن يردها عليه إذا كان بها عيب ينقص قيمتها، وكاشتراط المرتهن أن يكون له الحق في بيع المرهون، إذا عجز الراهن عن وفاء الدين الذي رهن به، أو أن يكون مقدماً على سائر الغرماء في استيفاء حقه، وحكم هذا النوع لزومه في العقد، اشترط فيه أم ترك اشتراطه؛ فالتصريح به، وعدم التصريح سيان.

والنوع الثاني ـ الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد، وحكمه كاشتراط تأجيل الثمن في البيع إلى أجل معين، وكاشتراط الرهن، أو الكفيل به، أو بالمهر في النكاح، أو بالأجرة في الإجارة، وكاشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة يتسامح فيها عادة، وقد ضبطها علماء المالكية في الدار بشهر على قول؛ وبستة أشهر على قول آخر، وفي الدابة بثلاثة أيام، أو بالوصول إلى مكان قريب.

وأثر هذا النوع في العقد، تقييده به، والقضاء به على من التزمه، إذا استثنينا اشتراط المرأة على الرجل مالها فيه منفعة مقصودة، كألا ينقلها من بلدها، أو دارها، أو ألا يتزوج عليها؛ فإن المشهور في المذهب، هو استحباب الوفاء بها فقط بحيث لا يقضي على الزوج بموجبها، ولا يكون للمرأة الحق في فسخ النكاح، أو الرجوع بما أسقطته من مهرها في العقد عند انتفائها، وعدم الوفاء بها.

والقسم الثاني ـ الشرط الفاسد، وهو أيضاً نوعان: نوع يفسد العقد ويبطله، ونوع لا يفسد العقد ولا يبطله، بل يبطل هو وحده ويبقى العقد صحيحاً يستتبع حكمه وأثره.

أما النوع الأول ـ فهو كل شرط ينافي مقتضى العقد، أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة في صحته شرعاً، ومثاله في عقد النكاح: اشتراط الرجل ألا ينفق على المرأة، أو ألا يقسم لها، أو ألا ترتد منه، أو أنه بالخيار في فسخ النكاح في مدة معلومة، أو أنه إن لم يأت بالمهر في وقت كذا، فلا نكاح بينهما، ونحو ذلك، ومثاله في عقد البيع، اشتراط ما يؤدي إلى الجهاد، والغرر في المبيع، أو الثمن، أو في العقد كشرط مشاورة شخص بعيد، أو شرط الخيار إلى مدة مجهولة، أو شرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو شرط زيادة شيء مجهول في الثمن أو في المثمون، وكشرط البالغ أن يسلفه المشتري مقداراً معيناً من ماله أو بالعكس، ومن أمثلته أيضاً، اشتراط البائع على المشتري ألا ينتفع بالعين المبيعة، أو ألا يتصرف فيها ببيع، أو هبة، أو غير ذلك؛ فإنها شروط مفسدة لعقد البيع، لما فيها من المنافاة لمقتضاه، وهو إطلاق الحرية للمشتري في الانتفاع بالمبيع والتصرف فيه بما شاء. ومثاله في عقد الهبة، اشتراط الواهب على الموهوب له ألا يقيض العين الموهوبة، فإنه شرط مخالف لمقتضى العقد، فيفسده، ومثاله في القرض، اشتراط المقرض على من أقرضته أن يرد عليه أحسن مما أخذ، وما أشبه ذلك من كل شرط يتضمن انتفاع المقرض من عقد القرض؛ فإن شرط فاسد مفسد للعقد لمخالفته لقضيته، وهي انتفاع المقترض لا المقرض، والواجب في هذه الحالة أن يرد المقترض عين ما اقترض إن كان قائماً، ومثله، أو قيمته إن كان فائتا، على المشهور في المذهب، ومثال هذا النوع: في عقد القراض، اشتراط رب المال على العامل أن يكون المال في يده، أو أن يراجعه في الحساب، أو أن يجعل عليه أميناً، أو أن يكون ضامناً لمال القراض؛ فهذه كلها شروط مفسدة للعقد توجب فسخه؛ فإن فات الفسخ بعمل العامل كان الربح كله لرب المال، ووجب للعامل أجر مثله في بعض الصور، وقراض مثله في البعض الآخر، وتفصيل ذلك في كتب المذهب. ومثال ذلك في عقد الراهن، اشتراط الراهن على المرتهن بقاء العين =

....

= المرهونة تحت يده، أو ألا تباع في الدين عند حلوله، أو إذا مضت مدة معينة خرجت من الرهن؛ فهذه شروط مفسدة لعقد الرهن لمخالفتها لمقتضاه وحكمه، فلو مات الراهن، وأفلس تساوى المرتهن مع غيره من الدائنين في الاستيفاء من المرهون، وقد ذكروا من أمثلته في الوقف، اشتراط الواقف أن تكون له نظارة الوقف، أو أن يقسم الربع على الذكور من أولاده دون الإناث.

هذا هو الشرط المفسد ـ عند المالكية وتلك أمثلته، ومنها يتبين لنا أنهم يقولون بفساد العقود كلها بهذا النوع من الشروط، ولا يفرقون بين نوع ونوع ـ كما فعل الحنفية ـ إلا أنهم يحكمون في بعض هذه الشروط بصحة العقد، إذا أسقطها الشارط، وتنازل عنها من ذلك ما يأتي:

اشتراط السلعة في عقد البيع، سواء أكان من البائع، أم من المشتري؛ فإن هذا الشرط يفسد عقد البيع: لإخلاله بالثمن؛ لأن الثمن يكثر إذا كان السلف من البائع، ويقل إذا كان من المشتري وذلك إخلال به، ولكن المشهور في المذهب أن هذا الفساد يزول بإسقاط الشارط للسلف وتركه إياه، ما لم تفت السلعة بمفوت من المفوتات المقررة في المذهب، فإن فاتت السلعة وجب رد السلف لصاحبه، واستحق البائع الأقل من الثمن ومن القيمة يوم القبض، إن كان السلف من جهته، واستحق الأكثر من الثمن والقيمة يوم القبض، إن كان السلف من جهة المشتري.

اشتراط البائع على المشتري ما يستلزم التضييق عليه في السلعة التي اشتراها؛ كأن يشرط عليه ألا يبيعها، أو ألا يهبها ونحو ذلك؛ فإن المشهور في المذهب ـ كما قال ابن رشد في المقدمات ـ أن البيع يفسخ ما دام البائع متمسكاً بشرطه؛ فإن ترك الشرط صح البيع وهذا ما لم تفت السلعة، فإن فاتت وجب الأكثر من الثمن والقيمة يوم القبض.

اشتراط الواهب على الموهوب له ألا يبيع العين الموهوبة، أو ألا يهبها؛ فإن ذلك يبطل عقد الهبة، وكذلك الصدقة ـ على ما هو الظاهر من قول مالك في رواية عيسى من كتاب الصدقات والهبات ـ ولكن إذا أسقط الواهب شرطه صحت الهبة.

وهنا نتساءل عن السبب الداعي عنه للتفرقة بين بعض الشروط والبعض الآخر، فلا نجد في كتب المذهب التي بين أيدينا ما يوضح لنا ذلك؛ ولعل وجهتهم في تلك التفرقة أنهم يرون أن الفساد الذي يتضمن الشرط، بعضه أقوى من بعض، فما كان الفساد فيه قوياً، فلا سبيل إلى إصلاح العقد بإسقاطه، وما كان الفساد فيه ضعيفاً، كان هناك سبيل إلى تصحيح العقد بإسقاط ذلك الشرط، ولكن ما هو الحد الفاصل بين الفساد القوي والضعيف؟ ذلك ما لم أعلمه، ولم أقف عليه بعد.

وأما النوع الثاني من الشرط الفاسد، وهو الذي لا يؤثر في العقد ببطلانه ولا غيره، فلم يذكر المالكية له ضابطاً كغيره من الأنواع الأخرى، وإنما ذكروا له أمثلة في بعض العقود، وإليك بعضها.

اشتراط البائع على المشتري إنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها، فلا بيع بينهما، فهذا الشرط عندهم فاسد، ولكن لا أثر له في عقد البيع. (نقل ذلك ابن رشد في المقدمات وعليه اقتصر خليل في المختصر).

اشتراط البائع على المشتري في بيع الثمار، ألا يكون له الحق في المطالبة بترك جزء من الثمن، إذا أصاب الثمار شيء من الآفات الزراعية، فإن هذا الشرط فاسد؛ ولكنه لا يؤثر في عقد البيع بشيء بل يلغو وحده ويبقى العقد صحيحاً ـ ذكر ذلك ابن رشد في المقدمات والشيخ خليل في المختصر.

ما لو اشترط المرتهن على الراهن انتفاء الضمان في الأعيان التي يغاب عليها كالعقارات، فإن شرطه باطل =

....

= في نفسه، وعقد الرهن يصح مع اشتراطه، حتى يضمن المرتهن العين ويكون مقدماً في الاستيفاء على غيره من الدائنين. (نقل ذلك اللخمي عن مالك وابن القاسم).
ما لو شرط رب الوديعة ضمانها على المودع عند الهلاك، فإن شرطه باطل، وضمانها من صاحبها، صرح بذلك الشيخ خليل في المختصر.
ما لو شرط الواقف أن تكون عمارة الموقوف على المستحقين في الوقف، أو ألا يبدأ من غلته بإصلاح الوقف ونفقته؛ فإن ذلك شرط باطل لا يعمل به، والوقف صحيح لازم. هذا تفصيل موجز لأقسام الشرط، وأثره في العقود عند المالكية؛ وأما أقسامه وأثره عند الحنابلة ـ فكما يأتي:
الشروط الواقعة في العقود ـ على ما يؤخذ من كتب المذهب كالمغني، وكشاف القناع ـ قسمان: القسم الأول ـ الشروط الصحيحة وهي أنواع:
النوع الأول ـ الشروط التي يقتضيها العقد، كاشتراط التقابض في البيع، واشتراط تسليم المرأة إلى الرجل في النكاح، وتمكينه من الاستمتاع بها، وكاشتراط رب الأرض، أو الشجر على العامل في المزارعة، أو المساقاة؛ ما فيه صلاح الزرع أو الثمر وزيادة نموه كالسقي، والحرث، وقطع الحشيش الذي يضره، وإصلاح الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل والشجر. وهذا النوع لا تأثير له فيما يشترط فيه من العقود بل وجوده وعدم وجوده سواء؛ لأنه لم يزد على كونه بياناً، وتوكيد المقتضي العقد، وحكمه.
والنوع الثاني ـ الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولكن فيها مصلحة للعقد أو العاقد؛ كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن، أو كفيل بالثمن المؤجل، أو أن يحضر له شاهدين يشهدان على العقد، وكاشتراط المشتري صفة مقصودة في المبيع، ككون الدابة حلوباً أو حاملاً ونحو ذلك، واشتراط الزوج في عقد النكاح أن تكون بكراً، أو جميلة، أو نسيبة، أو خالية من العيوب التي لا توجب فسخ النكاح كالعمى، والخرس، والعرج، ونحوه.
وحكم هذا النوع تفيد العقد بموجبه، ولزوم الوفاء به ممن اشترط عليه، وامتلاك الشارط فسخ العقد عند فوات ما شرط.
والنوع الثالث ـ الشروط التي ليست من مقتضى العقد، ولا من مصلحته ألا أنها لا تنافي مقتضى العقد وحكمه، الذي وضع العقد لإفادته في جميع صوره.
وحكم هذا النوع، الذي تقدم في تقيد العقد بموجبه، وثبوت الخيار للشارط في فسخ العقد، أو إمضائه عند فوات ما شرط؛ فلو شرطت المرأة في عقد النكاح ألا ينقلها الرجل من دارها، أو بلدها، أو ألا يتزوج عليها، وما أشبه ذلك من كل شرط يتضمن منفعة للمرأة، ولا تمنع المقصود من النكاح، كان لازماً في العقد حتى لا يملك الرجل نقلها من دارها، أو بلدها، أو التزوج عليها؛ فإن خالف ما شرط على نفسه كان للمرأة الحق في فسخ النكاح، وذلك لما رواه الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة، وشرط دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ فقال: لها شرطها فقال الرجل: إذا يطلقننا. فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.
ولو شرط البائع على المشتري الانتفاع بالمبيع مدة معلومة؛ كأن يسكن الدار سنة، أو يركب الدابة إلى مكان معين، أو يلبس الثوب شهراً، لزم هذا الشرط، ووجب على المشتري تمكين البائع من الانتفاع بالمبيع؛ كما شرط، حتى لو تلفت العين بفعل المشتري او تفريطه قبل استيفاء المنفعة المشروطة، كان ضامناً لأجرة تلك المنفعة، لأنه يكون بعمله هذا مفوتاً للمنفعة على مستحقها، وهو البائع فيلزم بضمانها، =

ولو اشترى جاريةً على أنها حامل[1] رواية فيه عن أصحابنا، واختلف المشايخ فيه: ـ قال بعضهم: لا يجوز البيع قياساً على البهائم، وإليه أشار محمّد ـ رحمه الله ـ في البيوع؛ فإنه قال: لو باع وتبرأ من حملها جاز البيع، وليس هذا/ كالشَّرط، وظاهر قوله وليس هذا كالشرط، يشير إلى أن شرط الخيار فيه مفسد. وقال بعضهم: يجوز؛ لأن الحبل في الجواري

= كما لو فوت منفعة العين المؤجرة على من استأجرها.

وكذلك لو شرط المشتري على البائع عملاً معيناً في المبيع، كأنه يحصد له الزرع، أو يخيط له الثوب، أو يحمل له الطعام إلى منزله؛ فإن البائع يلزمه ذلك العمل وفاء بما شرط على نفسه، فلو تعذر ذلك بهلاك السلعة، أو موت البائع، كان للمشتري الرجوع بأجرة المثل، كما لو فسخت الإجارة لفوات محلها، وكان الأجر مقبوضاً، فإنه يجب الرجوع على المؤجر بقيمة المنفعة.

والقسم الثاني ـ الشروط الفاسدة، وهي نوعان: نوع يفسد العقد ويبطله رواية واحدة في المذهب، ونوع يفسده في رواية، ولا يفسده في أخرى، وهي المنصوصة عند الإمام «أحمد» في باب البيع بشرط فاسد كما قال القاضي.

أما النوع الأول ـ فهي ـ على ما يؤخذ من أمثلتهم ومسائلهم ـ الشروط التي ورد عن الشارع النهي عن العقد لأجلها، أو كان فيها إلغاء للمقصود من العقد، وما وضع لإفادته ومثال ذلك، ما لو شرط أحد العاقدين في البيع على صاحبه عقد آخر؛ كأن يبيع له عينا بشرط أن يسلفه جزءاً من ماله، أو يزوجه ابنته، أو يؤجر له داره، ونحو ذلك؛ فإن ذلك يفسد عقد البيع ويبطله، ينهى الرسول ﷺ عنه، فقد روي عنه ـ ﷺ ـ أنه نهى عن صفقتين في صفقة، وعن بيع وسلف والنهي يدل على فساد المنهي عنه وبطلانه. ومثاله أيضاً: ما لو شرط البائع على المشتري ألا يملك العين المبيعة، فإن شرط فاسد يفسد البيع به، لما فيه من إلغاء المقصود منه، ونفى موجبه وهو الملك، وذلك لغو باطل ـ ومثل ذلك ما لو اشترط في عقد النكاح أن يحلها الرجل لزوجها الأول، أو أن يزوجه موليته بشرط أن يزوجه الآخر ابنته على أن يكون يضع إحداهما في مقابل يضع الأخرى، أو يشرط فيه ما يوجب تأقيته بوقت معين، فإن ذلك يفسد عقد النكاح ويبطله، لما صح من نهيه ـ ﷺ ـ عن نكاح المحلل، وعن الشغار والمتعة.

ومن هذا القبيل أيضاً اشتراط أحد الشركاء أن يكون له من الربح مقدار معين كعشرة، أو عشرين مثلاً، لإفضاء هذا الشرط إلى إلغاء المقصود من العقد، وهو الاشتراك في الربح، فقد لا تربح الشركة إلا ذلك القدر، فلو اختص به الشارط لم يحصل الاشتراك المقصود من عقد الشركة.

أما النوع الثاني ـ فهي الشروط التي تنافي مقتضى العقد ولا تلغي المقصود منه، كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع العين التي إشتراها، أو ألا يهبها، أو ألا ينتفع بها، ونحو ذلك، من كل ما يوجب التضييق على المشتري في العين المبيعة.

وكاشتراط رب المال على العامل في المضاربة شرطاً ليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته؛ كأن يشرط عليه أن يعطيه قرضاً، أو أن يخدمه في شيء يعينه، أو أن يلبسه ثوبه، أو يسكنه داره، أو أن يضمن ما في يده من رأس المال؛ فهذه الشروط وأمثالها شروط فاسدة، يفسد بها العقد في رواية، ولا يفسد في رواية أخرى.

ينظر: نظرية الشروط لشيخنا زكي الدين شعبان، كشاف القناع ٣/ ٥٢، ٥٣، المغني ٤/ ٢٨٦.

(١) في ط: ألا.

عيبٌ، بدليل أنه لو اشترى جاريةً، فوجدها حاملاً، له أن يردّها، فكان ذكر الحبل في الجواري إبراء عن هذا العيب، بخلاف البهائم؛ لأن الحبل فيها زيادة.

ألا ترى أنه لو اشترى بهميةً، فوجدها حاملاً، ليس له حق الردّ، فكان ذكر الحبل فيها شرطاً في وجوده غرر فيفسد البيع، وبعضهم فصّل فيه تفصيلاً، فقال: إنِ اشتراها ليتخذها **ظئراً**، فالبيع فاسد؛ لأنه شرط زيادة في وجودها خطر، وهي مجهولة أيضاً، فأشبه اشتراط الحبل في بيع الناقة، وإِن لم يرد بالشراء ذلك، جاز البيع؛ لأن ذكره يكون إبراء عن هذا العيب على ما بيّنا.

ولو اشترى ناقةً، وهي حامل، على أنها تضع حملها إلى شهر أو شهرين فالبيعُ فاسد، لأَن في وجود هذا الشرط غرراً؛ وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلاً؛ لما قلنا، ولو اشترى بقرة على أنها حلوبة، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، وروى الحسن في «المجرد» عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه يجوز، وهو قياس روايته في شرط الحبل.

ووجهه: أن شرط كونها حلوبة، شرط زيادة صفة، فأشبه شرط الطَّبخ والخبز في الجواري، وروى ابن سَمَاعة في «نوادره». عن محمد ـ رحمهما الله ـ أنه لا يجوز، وهو اختيار الكرخي ـ رحمه الله ـ.

ووجهه: أن هذا شرط زيادة، فيجري في وجودها غَرَر، وهو مجهولٌ، وهو اللَّبن، فلا يصلح شرطاً في البيع، وكونها حلوبة إن كان صفة لها لكنها لا توصف به، إلا بوجود اللبن، وفي وجوده غرر وجهالة على ما ذكرنا، فيوجب فساد البيع، ولو اشترى بقرةً على أنها **لَبُون**، ذكر الطَّحاوي: أن هذا الشَّرط لا يفسد البيع، والجواب فيه كالجواب **في الحلوبة**، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اشترى **قمريَّة**[1] على أنها تصوت، أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشاً على أنه **نطاح**، أو ديكاً على أنه مقاتل فالبيع فاسدٌ عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وهو إحدى الروايتين عن محمد ـ رحمه الله ـ؛ لأنه شرط فيه غرر، والوقوف عليه غير ممكن؛ لأنه لا يحتمل الجبر عليْه، فصار كشرط الحبل؛ ولأن هذه صفات يتلهّى بها عادة، والتلهّي محظور، فكان هذا شرطاً محظوراً، فيوجب فساد البيع.

وروي عن محمَّد ـ رحمه الله ـ: أنه إذا باع قمرية على أنها تصوّت، فإذا صوتت جاز البيع، لأنها لما صوَّتت؛ علم أنها مصوتة، فلم يتحقق غرر العدم، وعلى هذه الرواية قالوا في المحرم: إِذا قتل قمرية مصوتة، أنه يضمن قيمتها مصوّتة.

---

(١) قمرية: ضرب من الحمام مطوق حسن الصوت المعجم الوسيط (قمر).

ولو اشترى جاريةً على أنها مغنية، على سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسدٌ؛ لأن التَّغنية صفة محظورة؛ لكونها لهواً، فشرطها في البيع يوجب فساده، ولو اشترى جارية على أنها مغنِّية، على وجه إظهار العيب، جاز البيع؛ لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب، فصار كما لو باعها بشَرْط البراءة عن عيب آخر، فإن وجدها لا تغني، لا خيار له؛ لأن الغناء في الجواري عيبٌ، فصار كما لو اشترى على أنه معيبٌ، فوجده سليماً.

ولو اشترى كلباً، أو فهداً، على أنه معلم، قال أبو يوسف: يجوز البيع، وهو إحدى الرِّوايتين عن محمد؛ لأن هذا شرطٌ يمكن الوقوف عليه، بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه، وذا ليس بشرط محظور؛ لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح، فأشبه شرط الكتابة في العبد، والطَّبخ في الجارية.

وروي عن محمد: أن البيع فاسد؛ لأنه شرط فيه غرر، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد، والجبر عليه غير ممكن، ولو اشترى برذوناً، على أنه هملاجٌ، فالبيع جائز؛ لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتَّسيير، فلم يكن في وجودِهِ غرر، ولا خطر أيضاً وإن شئتَ أفردتَ لجنس هذه المسائل شرطاً على حِدَة، وخرجتها إليه فقلت، ومنها ألاَّ يكون المشروط محظوراً؛ فافْهَم.

ومنها شرطٌ لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ للبائع، أو للمشتري، أو للمبيع، إن كان من بني آدم؛ كالرقيق، وليس بملائم للعقْد، ولا ممَّا جرى به التَّعامل بين الناس؛ نحو ما إذا باع داراً، على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة؛ أو دابة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة، أو يزوّج ابنته منه، أو يبيع منه كذا؛ ونحو ذلك، أو اشترى ثوباً، على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطةً على أن يطحنها، أو ثمرةً على أن/ يجذها، أو ربطةً قائمة على الأرض على أن يجذّها، أو شيئاً له حِمل ومُؤْنة، على أن يحمله البَائع إلى منزله، ونحو ذلك ـ فالبيع في هذا كله فاسد؛ لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها عِوَض في عَقْد البيع، وهو تفسير الرِّبا، والبيع الذي فيه الرِّبا فاسدٌ، أو فيه شبهة الربا، وأنها مفسدةٌ للبيع؛ كحقيقة الربا، على ما نقرّره إن شاء الله تعالى.

٣/ ١٨٤أ

وكذا لو باع جاريةً، على أن **يدَبرها** المشتري، أو على أن **يَسْتَولدها**، ـ فالبيع فاسد؛ لأنه شرط فيه منفعةٌ للمبيع، وأنه مفسد؛ وكذا لو باعها بشَرْط أن يعْتِقَها المشتري، فالبيع فاسدٌ في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروى الحسن. عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنهما ـ أنه جائزٌ، وبه أخذ الشَّافعي ـ رحمه الله ـ.

ووجه هذه الرواية: أن شرط الاعتقاد ممَّا يلائم العقد؛ لأن الإعتاق إنْهاء الملك، وإنهاء

الملك تقريرٌ له، فكان ملائماً، والدَّليل على أن الإِعتاق إِنهاء للملك: أن البيع ثبت، مقتضى الأَمر بالإعتاق، في قول الرجل: أَعْتق عبدَك عني على ألف درهم، فاعتق، حتى يقع العِتْق عن الآمر، ولا عتق إلا بالملك، ولا ملك إلا بالتَّمليك، فلو كانَ الإِعتاق إزالة الملك، لما تصوّر وجود الإِعتاق مقتضاه؛ لأنه ضدّه، والشيء لا يقتضي ضده، وإِذا كان إِنهاء الملك كان تقريراً له، فكان ملائِماً للعقد، فلا يوجب فساده، ولظاهر الرِّواية وجهان:

أحدهما: يعمّ الكل.

والثاني: يخصّ أبا حنيفة ـ عليه الرحمة ـ، أما الأوَّل: فهو أن شرط العتق شرطٌ لا يلائمه العقد؛ لأَن العقد يقتضي الملك، والملك يقتضي إِطلاق التصرُّف في المملوك، تحصيلاً وتركاً، وشرط الإِعتاق يقتضي الاستحقاق واللُّزوم لا محالة، فلا يلائمُه بل يضادُّه.

وأما الثاني: فلأنَّ هذا الشَّرط يلائم العقد من وجْه، ولا يلائمُه من وجهٍ، وهذا يوجب الفساد، على ما نذكر تقريره، ثم إِذا باع بهذا الشَّرط فأعتقه المشتري، انقلب العَقْد جائزاً بالإِعتاق، عند أبي حنيفة استحسَاناً، حتى يجب على المشتري الثمن، سواء أعتقه بعد القَبْض، أو قبله، هكذا روى ابن شجاع عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ. وقال أبو يوسُف، ومحمَّد ـ رحمهما الله ـ: لا ينقلب جائزاً، حتى تلزمه قيمة الجارية، وهو القيَاس، وهكذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ.

ووجهه ظاهر؛ لأنَّ البيع وقع فاسداً، من حين وجوده، وبالإِعتاق لا ينعدم الفَسَاد، بل يتقرَّر؛ لأنه إِنهاء للملك، وأنه تقرير، فيوجِبُ تقرُّر الفَساد للفاسد، والفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثَّمن؛ ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الإِعتاق، تلزمه القيِمة.

وكذَا، لو باعه من رجُل، أو وهَبَه، فعليه قيمته؛ كذا ههنا. ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ما ذكرنا أن شرط الإِعتاق يلائم العَقْد من وجه، ولا يلائمُه من وجْه؛ لأنه إِنهاءٌ من وجه، وإِزالة من وجه، فمن حيث إنه إنهاء، كان يلائِمه لأنه تقرير، لكن من حيث إنه إزالة، لا يلائمه، لأنه تغيير مُوجب العقد، فيجب العمل بالشَّبهين، فعملنا بشبه الإِزالة، فقلنا بفساد العقد في الابتِداء، وعملنا بشبه الإِنهاء، فقلنا بجوازه في الانتهاء، عملاً بالشَّبهين بقدر الإِمكان.

فإن قيل: لِمَ لا يعمل بهما على القلب ممَّا قلتم. قيل: لأَنه لا يمكن؛ لأنَّا لم نجد جائزاً، انقلب فاسداً في أصول الشَّريعة، ووجدنا فاسِداً ـ انقلب جائزاً؛ كما في بيع الرَّقم ونحوه، بخلاف ما إذا باع، أو وهب؛ لأَن ذلك ليس إِنهاء الملك، وبخلاف ما إذا باع بشرط **التَّدبير**، أو **الاستيلاد** فدبرها المشتري، أو استولدها ـ أن البيع لا ينقلب إِلى الجواز؛ لأن

التَّدبير والاستيلاد لا يوجبان إِنهاء الملك بيقين؛ لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر، وبجواز بيع أم الولد في الجملة، فكان ذلك شرطاً لا يلائم العقد أصلاً، فأوجب لزوم الفساد.

وكذا لو باع عبداً أو جارية، بشرط ألاّ يبيعه، وألاّ يهبه، وألاّ يخرجه عن ملكه ـ فالبيع فاسدٌ؛ لأن هذا شرطٌ ينتفع به العبد، والجارية بالصِّيانة عن تداول الأيدي، فيكون مفسداً للبيع.

أما فيما سوى الرَّقيق، إِذا باع ثوباً على ألاّ يبيعه المشتَري، أو لا يهبه، أو دابة على ألاّ يبيعها أو يهبها/ أو طعاماً على أن يأكُلَه ولا يبيعه، ذكرَ في المزارعة ما يدل على جواز البَيْع؛ فإنه قال: لو شرط أحد المزارعين في المزَارعة، على ألاّ يبيع الآخر نَصيبه، ولا يهبه، **فالمزارَعة** جائزة، والشرط باطل؛ وهكذا روى الحسن في «المجرد»، عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وفي «الإِملاء». عن أبي يوسف؛ أن البيع بهذا الشَّرط فاسد.

٣/ ٨٤ب

ووجهه: أنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، ولا يلائمُهُ، ولا جرى به التَّعارف بين النَّاس، فيكون مفسداً؛ كما في سائر الشَّرائط المفْسدة، والصحيح ما ذكر في المزارعة. لأَن هذا شرطٌ لا منفعةٍ فيه لأَحد فلا يوجِبُ الفساد، وهذا لأنَّ فساد البيع في مثلِ هذه الشروط لتضمُّنها الربا، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العَقْد، لا يقابلها عِوَض، ولم يوجد في هذا الشَّرط؛ لأنه لا منفعة فيه لأَحدٍ، إلا أنه شرط فاسدٌ في نفسه، لكنه لا يؤثر في العقد، فالعقْد جائزٌ والشَّرط بَاطلٌ.

ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتَري، أو داراً على أن يخْربها، فالبيع جائزٌ، والشَّرط باطل؛ لأنَّ شرط المضرَّة لا يؤثر في البيْع، على ما ذكرنا، ولو باع جاريةً على ألاّ يطأها المشتَري، ذكر ذلك في الاختلاف بين أبي يوسُف، ومحمَّد ـ رحمهما الله ـ اختلافاً، ولم يذكر قول أبي حنيفة ـ عليه الرَّحمة ـ؛ فقال: البيع فاسدٌ، والشَّرط باطلٌ، عند أبي يوسُف؛ وعند محمد، البيع جائزٌ، والشَّرط باطل.

ولو باعها[1] بشَرْط أن يطأها، جاز البَيْع، والشَّرط في قولهم جميعاً. ورُوي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنَّ البيع فاسدٌ في الموضعين جميعاً.

وجه قول محمد: أن هذا شرطٌ لا منفعة فيه لأحد، فلا يؤثِّر في فَسَاد البيع؛ كما لو باع ما سوى الرَّقيق، على ألاّ يبيع، أو لا يهب، إلا أنه نوع مضرَّة للمشتري، فكان باطلاً، والبيع صحيحاً.

(١) في ط: باع.

وجه قول أبي يُوسف: أن هذا شرطٌ يخالف مقتضى العقْد؛ لأن حل الوطْء أمر يقْتَضيه العقد، وهذا الشَّرط ينفيه، بخلاف ما إذا باع بشَرْط أن يطأها؛ لأن ذلك شَرْط يقرر مقتضى العقد؛ لأن إباحة الوَطْء مما يقتضيه العَقْد.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ على ما روي عنه: أن شرط الوطْء مما لا يقتضيه العَقْد أيضاً، بل ينفيه، لأن البيع يقتضي الحل، لا الاستحقاق، وقضية الشَّرط الاستحقاق واللّزوم، وهما مِمّا لا يقتضيه العقد، بل ينفيه.

وأما الشَّرط الذي يقتضيه العقد، فلا يوجِبُ فساد؛ كما إذا اشترى بشَرْط أن يتملَّك المبيع، أو باع بشَرْط أن يتملَّك الثمن، أو باع بشَرْط أن يحبس المبيع، أو اشترى على[1] أن يسلم المبيع، أو اشترىٰ جاريةً على أن تخدمه، أو دابّة على أن يركبها، أو ثوباً على أن يلبسه، أو حنطة في سُنْبلها، وشرْط الحَصَاد على البائع؛ ونحو ذلك، فالبيع جائز؛ لأنَّ البيع يقتضي هذه المذْكُورات من غير شَرْط، فكان ذكرها في معرض الشَّرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجِبُ فساد العقد.

ولو اشترى شيئاً، بشرط أن يوفيه في منزله، فهذا لا يخلو إما أن يكون المشْتَري والبائع بمنزلهما في المصْر، وإما أن يكون أحدهما في المِصْر، والآخر خارج المصر، فإن كان كلاهما في المصْر، فالبيع بهذا الشَّرط جائزٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، إلا إذا كان في تَصْحِيح هذا الشَّرط تحقيق الربا؛ كما إذا تبايعا حنطة بحنطة، وشرط أحدَهما على صاحبه الإيفاء في منزله، وعند محمّد البيع بهذا الشَّرط فاسد؛ وهو القياس؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منْفعَة للمشتري؛ فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله، أو بشرط الإِيفاء في منزله، وأحدهما في المِصْر، والآخر خارج المصر.

ولهما: أن الناس تعاملوا البيع بهذا الشَّرط، إذا كان المشتري في المصر فتركُوا القياس لتعامل النّاس، ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المِصْر، ولا في شرط الحمل إلى المنزل، فعملنا بالقياس فيه.

وكذلك الشَّرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد، لا يوجب فساد العقد أيضاً؛ لأنه مقرّر لحكم العقد من حيث المعنى، مؤكد إياه، على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فيلحق بالشَّرط الذي هو من مقتضيات العقد؛ وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشْتَري بالثَّمن رهناً، أو كفيلاً، والرَّهن معلوم، والكفيلُ حاضر، فَقَبِلَ.

(١) في أ: بشرط.

وجملة الكلام في البيع بشَرْط إعطاء الرهن: أنَّ الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً، فإن كان معلوماً، فالبيع جائزٌ استحساناً، والقياس ألاَّ يجوز؛ لأن الشَّرط الذي يخالف/ مقتضى العقد مفسد في الأصْل، وشرط الرهْن **والكفالة** ممَّا يخالف مقتضى العقد، فكان مفسداً إلا أنا استحسنَّا الجواز؛ لأنَّ هذا الشَّرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة، فهو موافقٌ له معنى؛ لأن الرهن بالثَّمن شرع توثيقاً للثمن. ٣/ ١٨٥أ

وكذا الكَفَالة؛ فإنَّ حق البائع يتأكد بالرَّهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقرّراً لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثَّمن، وأنه لا يوجب فساد العَقْد؛ فكذا هذا، ولو قبل المشتري المبيع علىٰ هذا الشرط، ثم امتنع من تَسْليم الرهن، لا يجبر على التَّسليم عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: يُجْبَر عليه.

وجه قوله: أن الرهن إذا شرط في البيع، فقد صار حقّاً من حقوقه، والجبر على التَّسليم من[1] حقوق البيع، فيجبر عليه.

ولنا أن الرَّهن عقد تبرُّع في الأصل، واشتراطه في البيع لا يُخْرجه عن أن يكون تبرُّعاً، والجبر على التبرُّع ليس بمشروع، فلا يجبر عليه، ولكن يقالُ له: إما أن تدْفع الرهن أو قيمته، أو تؤدِّي الثمن، أو يفسخ البائعَ البيع؛ لأن البائع لم يرضَ بزوال المبيع عن ملكه إلا بوثيقة الرَّهن، أو بقيمته؛ لأن قيمته تقوم مقامه؛ ولأن الدّين يستوفي من مالية الرهن، وهي قيمته، وإذا أدّى الثمن فقد حصل المقصود، فلا معنى للفَسْخ.

ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه، فللبائع أن يفسخ البيع؛ لفوات الشرط والغرض، وإن كان الرَّهن مجهولاً، فالبيع فاسد؛ لأَن جواز هذا الشَّرط مع أن القياس يأباه؛ لكونه ملائماً للعقد مقرّراً لمقتضاه معنى، لحصولِ معنى التوثُّق والتأكُد للثمن، ولا يحصل ذلك إلا بالتَّسليم، وأنه لا يتحقَّق في المجهول، ولو اتفقا على تَعيين رهن في المجلس جاز البيع؛ لأن المانع هو جهالة الرَّهن، وقد زال، فكأنه كان معلوماً معيناً من الابتداء، لأَن المجلس له حكم حالة واحدة، وإن افترقا عن المجلس، تقرَّر الفساد.

وكذا إذا لم يتَّفقا على تعيين الرَّهن، ولكن المشتري نقد الثَّمن ـ جاز البيع أيضاً، لأن المقصود من الرَّهن هو الوصول إلى الثمن، وقد حَصَل، فيسقط اعتبار الوثيقة؛ وكذلك البيع بشرط إعطاء الكفيل، لأنَّ الكفيل إن كان حاضراً في المجلس وقبل، جاز البيع استحساناً؛ وإن كان غائباً، فالبيع فاسد.

---

(١) في ط: على.

وكذا إذا كان حاضراً، ولم يقبل؛ لأَن الجواز على مخالفة القياس ثَبَت لمعنى التَّوثيق، وتوكيد الثَّمن؛ لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بيَّنا، فإذا كان الكفيل غائباً، أو حاضراً، ولم يقبل ـ لم تصحَّ الكَفَالة، فلم يحصل معنى التَّوثيق، فبقي الحكم على ما يقْتَضيه القياس.

وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً، فالبيع فَاسدٌ، لأنَّ كفالةَ المجْهُول لا تصحُّ ولو كان الكفيلُ معيَّناً وهو غائب، ثم حَضَر، وقَبِل الكَفَالة في المجلس ـ جاز البيع؛ لأنه جازت الكفالة بالقَبُول في المجلس، وإذا حضر بعد الافتراق، تأكد الفساد، ولو شرط المشْتَري على البائع أن يحيله بالثَّمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثَّمن لغريم من غرماء البائع، فالبيع فاسد؛ لأن شرط الحوالة والضَّمان شرط لا يقتضيه العَقْد، والشَّرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل، إلا إذا كان فيه تقرير موجب العَقْد وتأكيده، والحوالة إِبراء عن الثَّمن وإِسقاط له، فلم يكن ملائماً للعقد، بخلاف الكفالة والرَّهن.

وكذلك إِن كان مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم العَقْد أيضاً، لكن للنَّاس فيه تعامل ـ فالبيع جائز؛ كما إذا اشترى نَعْلاً، على أن **يحذوه** البائع، أو جراباً على أن يخرزه له خُفّاً أو ينعل خفه، والقياس ألاَّ يجوز، وهو قول زفر ـ رحمه الله ـ.

وجه القياس: أن هذا شرط لا يقتضيه العَقْد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وأنه مفسد؛ كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البَائع له قميصاً؛ ونحو ذلك.

ولنا: أنَّ النَّاس تعاملوا هذا الشَّرط في البيع، كما تعاملوا **الاستصناع**، فسقط القياس بتعامُل الناس، كما سقط في الاستصناع، ، ولو اشترى جارية على أنها بكراً، وطبَّاخة، أو خبازة؛ أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح، أو على أنها جياد نقد بيت المال، أو اشترى على أنها مؤجلة ـ فالبيع جائز؛ لأن المشروط صفة/ للمبيع، أو الثمن صفة محضة، لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصَّة من الثَّمن بحال. ٣/ ٨٥ب

ولو كان موجوداً عند العقد، يدخل فيه من غير تَسْمية، وأنها صفة مرغوب فيها، لا على وجه التلهِّي ـ والمشروط إِذا كان هذا سبيله، كان من مقتضيات العقد، واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد؛ كما إِذا اشترى بشرط التَّسليم وتملّك المبيع والانتفاع به، ونحو ذلك، بخلاف ما إِذا اشترى ناقةً على أنها حامل: أن البيع يفسد في ظاهر الرواية؛ لأن الشَّرط هناك عين، وهو الحمل، فلا يصْلحَ شرطاً، وكون الناقة حاملاً، وإن كان صفة لها، لكن لا تحقق له إِلا بالحمل، وهو عين في وجوده غَرَر، ومع ذلك مجهول، فأَوْجَبَ ذلك فساد البيع.

ويخرج على هذا أيضاً ما ذكرنا من المسائل: إذا اشترى ناقةً على أَنها تحلب كذا وكذا رطلاً، أو على أنها حَلوبة، أو على أنها لبون. إن البيع بهذه الشروط فاسد؛ لأن المشروط في هذه المواضع عينٌ، فلا يصلح شرطاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى جاريةً على أنها مغنيةٌ، على سبيل الرغبة فيها، لأنَّ الغناء جهة التلهي، فاشتراطها في البيع يوجِبُ الفساد؛ وكذا إذا اشترى قمرية على أنها تصوّت، أو طوطيا[١] على أنه يتكلم، أو حمامة على أنها تجيء من مكان بعيد، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على أنه مقاتل؛ لأن هذه الجهات كلها جهات التلهّي، بخلاف ما إذا اشترى كلباً على أنه معلَّم، أو اشترى دابة على أنها هملاج؛ لأنه صفة لا حَظْر فيها بوجه، والله - عز شأنه - الموفق.

ويجوز البيع بشرط البراءة عن العَيْب عندنا، سواء عمَّ العيوب كلها؛ بأن قال: بعت على أني بريءٌ من كل عيب، أو خَصَّ بأن سمَّى جنساً من العيوب، وقال الشافعي - رحمه الله -: إن خصَّ صحَّ، وإن عمَّ لا يصح، وإذا لم يصحَّ الإبراء عنده، هل يصح العقد له؟ فيه قولان: في قول يبطل العَقْد أيضاً، وفي قول يصحُّ العقد ويبطل الشَّرط، وعلى هذا الخلاف الإبراء عن الحقوق المجهولة، ولو شرط على أَنِّي بريءٌ من العيب الذي يحدث، رُوِي عن أبي يوسف - رحمه الله - أن البيع بهذا الشَّرط فاسد[٢].

---

(١) طوطيا: قال الغزالي: هو الببغاء والببغاء معروف.

(٢) ومعنى البراءة من العيوب، هو أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة على أني بريء من كل عيب يظهر بها، أو على ألا ترد علي بعيب مثلاً، ويقبل المشتري البيع على هذا الشرط.

وقد اختلف الفقهاء في مدى شرط البراءة من العيوب فقالت الحنفية: يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب، وسواء سمى العيوب، أو لم يسمها ظاهرة، أو خفية علم بها البائع وقت البيع، أو لم يعلم بها.

وقد أيدوا رأيهم هذا بأن الرد بالعيب حق المشتري وحده، وقد قبل البيع ملتزماً، إسقاط هذا الحق، فيعمل بالتزامه. وهذا الدليل كما ترى جار في كل عيب.

وقالت الشافعية: على الراجح لديهم لو شرط البراءة من العيوب، فإن لا يبرأ إلا من عيب باطن بالحيوان لم يعلمه، والمراد بالباطن ما لا يطلع عليه غالباً، فالشرط عندهم في براءة البائع إذا باع على البراءة ينحصر في كل عيب خفي، إذا كان بالحيوان فقط، ويكون البائع مع ذلك غير عالم، وقت البيع؛ فإن اختل أحد هذه الشروط فشرط البراءة غير صحيح.

وقد احتج الشافعية لمذهبهم: بأن قبول المشتري البيع على هذا الشرط إبراء للبائع من ضمان العيوب التي قد توجد بالمبيع، وهو عنده، وهذه العيوب مجهولة للمشتري؛ لأن الفرض أنه غير عالم بها، والإبراء من المجهول لا يصح شرعاً لأن الإبراء تمليك، وتمليك المجهول لا يصح باتفاق غاية ما هناك خرج عن هذا الأصل صورة واحدة، وهي ما إذا كان العيب خفياً بحيوان، ولم يعلم به البائع. للدليل، وهو ما روى مالك في الموطأ «أَنَّ ابنَ عُمَرَ - رَضِيَ الله عَنْهُ - بَاعَ غُلاَماً بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه وهو زيد بن ثابت لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي فاختصما إلى عثمان - رضي الله تعالى عنه - فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد. فباعه بألف وخمسمائة فدل قضاء عثمان على صحة البراءة من العيب في بيع العبد، إذا لم يعلم بعيب البائع، وقيس بالعبد سائر الحيوان.

=

....

= يقول الإمام الشافعي: رضي الله عنه: «وَلأنَّ الْحَيَوَانَ يُفَارِقُ مَا سِوَاهُ، لأنه يغتذى بالصِّحَة وَالسَّقَم، وَقَوْلِ طِبَاعِهِ وَقَلَّمَا يَبْرَأُ مِنْ عَيْبٍ يَظْهَرُ أَوْ يَخْفَي فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى التَّبَرِّي مِنَ الْعَيْبِ الْبَاطِنِ فِيهِ لأَنَّ لاَ سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ، وَتَوْقِيف الْمُشْتَرِي عَلَيهِ».

فعند الشافعي ليس غير الحيوان كالحيوان؛ لأن لا قبول طباعة كتحوله، وليس الظاهر كالباطن؛ لأن البائع غير معذور في الجهل به.

وقالت المالكية على المشهور عندهم: لا ينتفع البائع بالبراءة من العيوب إلا في بيع الرقيق خاصة بشرطين ألا يعلم بالعيب وقت البيع. وأن يكون مع ذلك قد مكث عنده مدة تكفي في العادة؛ لظهور ما قد يكون به من العيوب، فلو باعه فور شرائه مثلاً شارطاً البراءة من العيوب، لَمْ يَصِحَّ هَذَا الشرط. وحجتهم على ذلك هي قضية عَبْدِ اللَّهِ، وزيد المتقدمة؛ لأن موردها كان عبداً فاقتصر عليه، وبقي ما عداه على القياس، وهو ضمانه من البائع.

وأما الحنابلة فعندهم روايتان:

أولاهما - لا يبرأ البائع إلا من كل عيب علمه المشتري دون ما جهله وثانيتهما - يبرأ من كل عيب لم يعلمه هو وقت البيع.

أما الرواية الأولى - فهي محل وفاق، وليست تمس موضوع النزاع اللهم إلا من ناحية الإنكار له كلية، إذ مفهوم هذه الرواية أن شرط البراءة من العيوب التي يجهلها المشتري غير صحيح مطلقاً، ولعل حجتهم هو الجهل بالمبرأ منه وأما الرواية الثانية القائلة ببراءة البائع من كل عيب لم يعلم به وقت البيع، فحجتهم عليها هي القصة المذكورة أيضاً ولم يروا فارقاً بين الحيوان وغيره، وليس في القصة أكثر من أن موضوعها كان عبداً ولم يكن هذا إلا من قبيل المصادفة، فلا يصح أن نتمسك بمعناها الضيق المحدود، بل كل ما ثبت أن في معناها، فهو من مشمولها. والذي يؤخذ من قضاء عثمان إنما هو شرط عدم علم البائع بالعيب حين البيع إثباتاً لحسن نيته، وفراراً من الغش، والتدليس والتخايل على أكل أموال النَّاسِ بالباطل.

ولما كان من عدا الشافعية من المالكية؛ والحنابلة تبعاً لهم في الدليل إذ الاختلاف بينهم إنما هو في مدى ما تدل عليه قصة عبد الله بن عمرو، وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما. ولما كان محور النزاع بين الشافعية، وبين الحنفية يدور على صحة الابراء من المجهول، وعدم صحته؛ لذا سنقصر مناقشتنا على تحرير هذه النقطة وبيان الصواب فيها بإذن الله.

اتفق الحنفية، والشافعية على مقدمتين:

الأولى - أن التمليك لا بد فيه من العلم بالمملك، فلا يصح تمليك المجهول للغرر، لعدم القدرة على التسليم.

والثانية - أن الإسقاط لا يشترط فيه العلم بالساقط؛ لأن الساقط يتلاشى من تلقاء نفسه؛ فليست هناك حاجة إلى التسليم.

واختلفوا في الإبراء، هل هو تمليك أو إسقاط؟

فقالت الحنفية: هو إسقاط، لأنه لا يحتاج إلى قبول، فكان كالطلاق والعتاق، المتفق على أنهما إسقاط؛ ولذا لو طلق نساءه، أو أعتق عبيده - وهو لا يعلمهم - صح طلاقه، وعتقه، بلا خلاف. =

....

= وقالت الشافعية: هو تمليك، لأنه يرتد بالرد ولا يصح تعليقه؛ كما لو أبرأ مديونه من دينه، فقال المديون: لا أقبل، أو قال: إن جاء فلان من سفره مثلاً فقد أبرأتك مما لي عليك ـ فإن الإبراء لا يصح في الصورتين ـ وهذا أمارة أنه تمليك لا إسقاط؛ إذ الإسقاط لا يبطل بالرد، ولا بالتعليق اتفاقاً.

إذا فهمت ذلك، علمت أن الفريقين متفقان على أن الإبراء فيه آثار من التمليك، وآثار من الإسقاط، والاختلاف بينهما في إلحاقه بأيهما تبعاً لقوة هذه الآثار وضعفها، على حسب ما يتراءى لكل منهم، ونحن إذا ما نظرنا في الأمر نظرة فاحصة سابرة؛ فإنه يتبين لنا أن الإبراء تنازل من صاحب الحق عن حقه لمن عليه الحق، فالإبراء إسقاط بالنسبة لصاحب الحق، تمليك بالنسبة لمن عليه الحق.

وإذاً، فلا مانع يمنع من اجتماع آثارهما فيه، وإذا ما كان بين هذه الآثار عناد وتضاد ـ فالحكم طبعاً إنما هو للأقوى والأرجح منها.

وليس الإبراء في هذا كالطلاق والعتاق؛ لأن الإبراء كما بينا إسقاط حق كان يجب على المبرأ منه أداؤه، وتوفيته لمن له الحق، ولا كذلك الطلاق والعتاق فلا جرم لم يستلزما التمليك، ولا شيئاً من آثار التمليك.

وهنا إتماماً للفائدة نقول: لماذا غلبوا جانب الإسقاط على جانب التمليك في الإبراء، فلم يوجبوا فيه القبول؟ لأن القبول إنما يحتاج إليه في كل تمليك يتعاكس فيه البدلان؛ لأن كلا من المتعاقدين يتنازل عن ملكه في بدله للآخر، فاحتيج لخروجه عن ملكه إلى صريح القول، والإبراء لا يتعاكس فيه بدلان؛ لأنه ليس فيه سوى بدل واحد هو للمبرىء، فاحتيج إلى قوله في التنازل عنه، ولم يحتج إلى قول الآخر؛ لأنه لا بدل له يتنازل عنه في مقابل بدل صاحبه، ويكفي في دخول بدل صاحبه في ملكه ألا يرده.

ولماذا غلبوا جانب التمليك على جانب الإسقاط في الإبراء، فقالوا: إن يرتد بالرد، ويبطل بالتعليق؟
الجواب: أن الإبراء لما كان يلزمه التمليك، ولا يدخل شيء في ملك أحد قهراً عنه ـ ارتد بالرد، وبطل كذلك بالتعليق؛ لأن التمليك لا يقبله؛ لما فيه من الغرر، ولأنه يشبه القمار.

بعد هذا نقول: الجهل بالمبرأ منه، هل يبطل الإبراء أم لا يبطله؟ كان مقتضى النظر أن يكون الجهل كالتعليق، كلاهما يبطل الإبراء لما يستلزمه من التمليك.

وفي اعتقادي أن هذا نظر سطحي غير شامل؛ لأن غرر التعليق في الإبراء لا يزول، وهو تردد الملك بين الثبوت وعدمه، بينما غرر الجهل يزول في الإبراءِ؛ لأن غرره الذي هو عدم القدرة على التسليم لا وجود له في الإبراء؛ إذ لا حاجة إلى التسليم فيه، بل ينتقل الحق من ذمة المبرىء إلى ذمة المبرأ، فينمي من تلقاء نفسه؛ لاتحاد الذمتين في شخص المبرأ منه. وحيث كان الأمر كذلك فالجهل بالمبرأ منه لا يبطل الإبراء.

ولتعلم أن الجهل من حيث هو جهل لا يبطل التمليك، فكثيراً ما يدخل عقود التمليك ولا يبطلها؛ كما لو ابتاع قدح طعام من صبرة، وإنما يبطلها من حيث إنه يفضي إلى عدم القدرة على التسليم.

وبعد الفراغ من هذا التحقق نقول: إن البائع حين باع شارطاً البراءة من كل عيب قد يكون بالمبيع، وقبل المشتري البيع على ذلك بعد ـ والحال هذه ـ مبرئاً للبائع من العيوب التي يضمنها بمقتضى أصل العقد، ولما كان هذا الإبراء تصرفاً صادراً من أهله في محله، لأن الرد بالعيب حقه وحده، ولم يوجد مانع يمنع من صحته، أو نفاذه من تعليق أو رد كان صحيحاً ونافذاً شرعاً، لوجود المقتضى، وانتفاء المانع. =

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: أن الإِبراء عن كل عيب إِبراء عن المجهول، فلا يصحُّ، ولا شك أنه إِبراء عن المجهول.

والدَّليل على أن الإِبراء عن كل عيب إِبراء عن المجهول، غير صحيحٌ: أن الإِبرء إسقاط فيه معنى التَّمليك؛ بدليل أنه يرتدّ بالرد، وهذا آية التمليك؛ إِذ الإِسقاط لا يحتمل ذلك، وتمليك المجهول لا يَصحُّ كالبيع ونحوه.

ولنا: أن الإِبراء وإِن كان فيه معنى التَّمليك، لكن الجهالة لا تمنع صحة التَّمليك لعينها، بل لإِفضائها إِلى المنازعة.

ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضي إِلى المنازعة؛ كما إِذا باع قفيزاً من هذه الصُّبْرة، أو عشرة دراهم من هذه النّقرة[1]، وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضي إِلى المنازعة؛ لأن قوله: «**كل عيب**» يتناول العيوب كلها، فإذا سمّى جنساً من العيوب لا جهالة له أصلاً، مع ما أنَّ التمليك في الإِبراء يثبت ضمناً وتبعاً للإِسقاط؛ لأن اللفظ ينبىء عن الإِسقاط لا عن التَّمليك، فيعتبر التصرُّف إِسقاطاً، لا تمليكاً، والجهالة لا تمنع صحة الإِسْقاطات.

والدَّليل على جواز الإِبراء عن الحقُوق المجهولة: ما رُوِي أن رجلين اختصما إِلى النبي ـ

= وبناء على ذلك، يكون الإبراء من جميع العيوب صحيحاً، لا فرق بين عيب وعيب، ولا بين مبيع ومبيع، ولا بين ما إذا كان البائع يعلم بالعيب وقت البيع، أو لا يعلم. هذا هو ما يقتضيه مجرد النظر.

ولكن إذا نظرنا في القصة المتقدمة، وعلمنا بيقين أنها لا تدل إلا على شرط عدم علم البائع بالعيب في بيع البراءة، لاتفاق ثلاثتهم عليه، وهم من مبرزي الصحابة في الفقه والفتوى، ولم نعلم مع هذا مخالفاً لهم من الصحابة، إذا نظرنا للأمر من هذه الناحية أيضاً ـ يتبين لنا رجحان مذهب الحنابلة؛ لأنه قد تلاقى فيه النظر مع الأثر.

وهذا طبعاً بناء على الرواية القائلة بصحة بيع البراءة مع شرط ألا يكون البائع عالماً بالعيب بقيت هنا مسألة لم نتكلم عليها بعد، وهي: هل البراءة من العيوب تنصرف إلى الموجود منها حين العقد فقط، أم تشملها وما يحدث قبل القبض؟

قالت الشافعية، ومحمد بن الحسن، وزفر: لا يدخل في البراءة إلا العيب الموجود وقت العقد. وفرعوا على ذلك أن للمشتري الحق في أن يرد المبيع بعيب حدث قبل القبض وبعد العقد؛ لأن المتبادر من شرط البراءة هو انصرافه إلى الموجود حين الشرط فقط، فيقتصر عليه، ويبقى ما عداه على الأصل. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: يدخل في البراءة الموجود وقت العقد، والحادث قبل القبض. وفرعوا على ذلك أنه ليس للمشتري الحق في أن يرد بعيب حدث قبل القبض؛ لأن القرض من شرط البراءة هو إلزام البيع بإسقاط حق المشتري في وصف السلامة، وهو يتناول الموجود حين العقد، والحادث قبل القبض.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

(١) النُّقْرَةُ: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة. المعجم الوسيط (نقر).

عليه الصلاة والسلام - في مواريث قَدْ دَرَسَتْ، فَقَالَ لَهُمَا عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والصَّلاَمُ: «اَسْتَهِمَا وَأَوْجِبَا الحَقَّ، وَلْيُحَلِّلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ»[1] وعلى هذا إجماع المسلمين من اسْتِحْلاَل معامَلاَتهم في آخر أعمارهم، في سائر الأَعْصَار من غير إنكار.

وأما بيع الثمر على الشَّجر بعد ظهوره، وبيع الزرع في الأرض بشرط التَّرك فجملة الكلام فيه: أنه لا يخلو إما إن كان لم يبدُ صلاحه، بعد أَن صار منتفعاً به بوجهٍ من الوجوه، وإِمَّا إن كان قد بدا صلاحه؛ بأَنْ صار منتفعاً به، وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بشرط القَطْع، أو مطلقاً، أو بشَرْط الترك حتى يبلغ، فإن كان لم يبدُ صلاحه فباع بشرط القطع جاز، وعلى المشتري أن يقطع للحَال، وليس له أن يترك من غير إذن البائع.

ومن مشايخنا مَن قال: لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه، وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا، ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله - لا يجوز.

وجه قوله: أن المطلق ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف هو التَّرك، فكان هذا بيعاً بشرط التَّرك. دلالة، فصار كما لو شرط التَّرك/ نصاً. ٣/١٨٦أ

ولنا: أن التَّرك ليس بمشروطٍ نصّاً؛ إذ العقد مطلق عن الشَّرط أصلاً، فلا يجوز تقييده بشَرْط التَّرك من غير دليلٍ، خصوصاً إذا كان في التَّقييد فساد العقد، وإن اشترى بشَرط التَّرك، فالعقد فاسد بالإجماع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العَقْد، وفيه منفعة لأحد المتَعاقدين، ولا يلاَئم العَقْد، ولا جرى به التَّعامل بين النَّاس، ومثل هذا الشَّرط مفسد للبيع لما ذكرنا؛ ولأنه لا يتمكَّن من الترك إلا بإعارة الشَّجرة والأرض، وهما ملك البائع، فصار بشرط التَّرك شارطاً الإِعارة، فكان شرطه صفقة في صفقة، وأنه منهي، هذا إذا لم يبْدُ صلاحه.

وكذا إذا بدا صَلاَحه، فباع بشرط القَطْع أو مطلقاً، فأما إذا باع بشَرْط التَّرك، فإن لم يتناه عظَمه، فالبيع فاسدٌ بلا خلافٍ لما قلنا؛ وكذا إذا تناهى عظمه، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وأبي يوسف؛ وقال محمد: يجوز استحساناً لتعارف النَّاس وتعاملهم ذلك.

ولهما: ما ذكرنا أن شَرْط التَّرك شرط فيه منفعة للمشتري، والعقد لا يَقْتَضيه، وليس بملائم للعقد أيضاً، ومثل هذا الشَّرط يكون مفسداً: كما إذا اشترى حَنْطَةً على أن يتركها في دار البائع شهراً، ، قوله: النَّاس تعاملوا ذلك، قلنا: دعوى تعامل النَّاس شرط الترك في المبيع ممنوعة، وإنما التَّعامل بالمسامحة بالتَّرك من غير شرطٍ في عقد البيع.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٣٢٠)، وأبو داود (٣/ ٣٠١) كتاب الأقضية، باب: في قضاء القاضي إذا أخطأ، حديث؛ (٣٥٨٤، ٣٥٨٥) كلاهما من طريق أسامة بن زيد الليثي عن عبد الله بن رافع مولى أم سلمة.. عن أم سلمة فذكرته بنحوه.

وإسناده حسن، من أجل أسامة بن زيد - وهو الليثي فهو صدوق يهم.

ولو اشترى مطلقاً عن شرط فترك، فإن كان قد تَنَاهى عظمه، ولم يبق إلاّ النُّضج - لم يتصدَّق بشيء، سواء ترك بإذن البَائِع، أو بغير إذنه؛ لأنه لا يزداد بعد التَّناهي، وإنما يتغير إلى حال النُّضج، وإن كان لم يتناه عظمه، ينظر إن كان التَّرك بإذن البائع جاز وطاب له الفضل، وإن كان بغير إذنه تصدُّق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد؛ لأن الزِّيادة حصلت بجهة محظورة، فأوجبت خبثاً فيها، فكان سبيلها التَّصدُّق، فإنِ استأجر المشتري من البائع الشجر للتَّرك إلى **وقت الإدراك** [جاز] وطاب له الفضل؛ لأن التَّرك حصل بإذن البائع، ولكن لا تجب الأجرة؛ لأن هذه الإِجارة باطلة؛ لأَن جوازها ثبت على خلاف القياس؛ لتعامل الناس، فما لم يتعاملوا فيه، لا تصحُّ فيه الإِجارة؛ ولهذا لم تصحَّ إجارة الأشجار لتجفيف الثِّياب، وإجارة الأوتاد لتعليق الأشياء عليها، وإجارة الكُتُب للقراءة؛ ونحو ذلك؛ **حتى لم تجب الأجرة** لما قلنا، كذا هذا.

ولو أخرجت الشجرة في مدة التَّرك ثمرة أخرى، فهي للبائع، سواءٌ كان التَّرك بإذنه، أو بغير إذنه؛ لأَنه نماء ملك البائع، فيكون له، ولو حلَّلها له البائع جاز، وإن اختلط الحادث بعد العقد بالموجُود عنده حتى لا يعرف - ينظر إن كان قبل التَّخلية؛ بَطَل البيع؛ لأن المبيع صار معجوز التَّسليم بالاختلاط للجهالة، وتعذّر التَّمييز، فأشبه العجز عن التَّسليم بالهلاك، ، وإن كان بعد التَّخلية لم يبطل، لأَن التخلية قبضٌ، وحكم البيع يتمُّ ويتناهى بالقبض، والثَّمرة تكون بينهما؛ لاختلاط مِلْك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التَّمييز بينهما، فكان الكُلُّ مشتركاً بينهما. والقَوْل قول المشتري في المِقْدار؛ لأَنه صاحب يدٍ؛ لوجود التَّخلية، فكان الظَّاهر شاهداً له، فكان القول قوله.

ولو اشترى ثمرةً بدا صلاحُ بعضها دون بعضٍ؛ بأن أدرك البعض دون البَعْض، بشرط التَّرك - فالبيع فاسدٌ على أَصلهما؛ لأنه لو كان أدركَ الكُلّ فاشتراها بشرط التَّرك، فالبيع فاسدٌ عندهما، فبإدراك البعض أولى.

وأما على أصْل محمَّد - رحمه الله - وهو اختيار العَادَة، فإن كان صَلاَح الباقي متقارباً، جاز؛ لأن العادة في الثِّمار ألاَّ يدرك الكُلُّ دفعة واحدة، بل يتقدّم إدراك البعض على البعض، ويلْحق بعضها بعضاً، فصار كأنه اشتَراها بعد إدراك الكلِّ، ولو كان كذلك، لصحَّ الشِّراء عنده بشرط التَّرك؛ كذا هذا، وإن كان يتأخّر إدراك البعض عن البعض تأخيراً فاحشاً، كالعنب ونحوه، يجوز البَيْع فيما أدرك، ولا يجوز فيما لم يدْرك، لأن عند التأخُّر الفاحِش يلتحقان بجنسيْن مُخْتلفين.

ومنها: شرط الأَجل في المبيع العيْن والثَّمن العيْن، وهو أن يضرب لتسليمها أجلٌ؛ لأنَّ القياس يأبى جواز التَّأجيل أصلاً؛ لأنه تغيير مقتضى العقد؛ لأنَّه عقد معاوضة، لا تمليكٍ

٣/ ٨٦ب بتمليكٍ، وتسليم بتسليم، والتَّأجيل ينفي وجوب التَّسليم للحال، فكان/ مغيراً مقتضى العقد إلاَّ أنه شرط نظر لصاحب الأجل؛ لضرورة العدم ترفيهاً له، وتمكيناً له من اكتساب الثَّمن في المدة المضْروبة، ولا ضرورة في الأعيان، فبقي التَّأجيل فيها تغييراً محضاً لمقتضى العَقْد، فيوجب فساد العقد.

ويجوزُ في المبيع الدين وهو السَّلَم بل لا يجوز بدونه عندنا، على ما نذكره في موضعه؛ وكذا يجوز في الثَّمن الدين، وهو بيع الدَّين بالدَّين؛ لأَن التأجيل يلائم الدُّيون، ولا يلائم الأعيان؛ لمساس حاجة الناس إليه في الدُّيون، لا في الأعيان على ما بيَّنّا.

ومنها: شرط خيار مؤبَّد في البيع،، ومنها: شرط خيار مؤقَّت بوقت مجهول جهالةً متفاحشة، كهبوب الريح، ومجيء المطر، وقدوم فلان، وموت فلان، ونحو ذلك أو متقاربة؛ كالحَصَاد، والدّياس، وقدوم الحاجّ، ونحوها.

ومنها: شرط خيار غير مؤقَّت أصلاً، والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العَقْد في حق الحكم للحال، فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد، وأنه مفسدٌ للعقد في الأصْل، وهو القياس. إلا أنَّا عرفنا جوازه اسِتحْسَاناً، بخلاف القياس بالنَّصِّ، وهو ما رُوِي؛ أن حبَّان بن منقذ كان يغْبنُ في التّجارات، فشكا أهله إلى رسول الله - ﷺ - فَقَالَ لَهُ: «**إذا بَايَعْتَ، فَقُلْ: لاَ خِلاَبَةَ، وَلي الخِيَارُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ**»[1] فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس.

ومنها: شرط خيار مؤقَّت بالزَّائد على ثلاثة أيام، عند أبي حنيفة وزُفَر.

وقال أبو يوسف ومحمد: هذا الشَّرط ليس بمُفْسَد.

واحتجَّا بما رُوِي؛ أن عبد الله ابن سيدنا عمر - رضي الله عنهما - شرط الخيار شَهْرين[2]؛ ولأَنَّ النص الوارد في خيار ثلاثة أيام معلُولٌ بالحاجة إلى دفع الغَبْن بالتأمل والنظر، وهذا لا يوجِبُ الاقتصار على الثّلاث، كالحاجة إلى التَّأجيل.

ولأَبي حنيفة: أن هذا الشَّرط في الأصل ممَّا يأباه القياس والنَّص؛ أمَّا القياس: فما ذكرنا أنه شَرْط مغير مقْتَضى العقد، ومثل هذا الشَّرط مفسدٌ للعقد في الأصل، وأما النَّص: فما روي عن رسول الله - ﷺ - «**أنه نَهَىٰ عَنْ بَيْع الغَرَرِ**»، وهذا بيع الغَرَر؛ لأنه تعلَّق انعقاد العقد على غَرَر سقوط الخيار، إلا أنه ورد نصٌّ خاص بجوازه، فيتبع مورد النَّص، وأنه ورد بثلاثة أيام، فصار ذلك مَخْصوصاً عن النَّصِّ العام، وترك القياس فيه، فيعمل بعُمُوم النص، ومقتضى

---

(١) تقدم.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٨)، وقال: غريب جداً.

القِيَاس فيما وراء هذا، والعمل بقول سيِّد البشر ـ عليه أفضل الصَّلاة والسلام ـ أولىٰ من العمل بقول عَبْد الله ابن سيدنا عمر.

وقولهما: «النَّص معلولٌ بالحاجة إلى دفع الغَبْن»، قلنا: لو كان كذلك، فالثَّلاث مدَّة صالحة لدفع الغَبْن؛ لكونها صالحةً للتأمُّل، وما وراء ذلك لا نِهَاية له.

وأما شرط خيار مؤقَّت بالثلاث فما دونَها، فليس بمفسدٍ استحساناً؛ لحديث حبَّان بن مُنْقذ؛ ولمساس الحاجة إليه لدفع الغَبْن، والتَّدارك عند اعتراض النَّدم، وسواء كان الشَّرط للعاقد أو لغيره، بأن شرط الخيار الثالث عند أصحابنا الثَّلاثة ـ رحمهم الله ـ، وقال زُفَر ـ رحمه الله ـ: لا يجوزُ شرط الخيار لغير العَاقِد.

وجه قوله: أن اشتراط الخيار للعاقد، مع أنَّ القياس يأباه، ثبت بالنَّص، فبقي اشتراطه لغيره على أصْل القِيَاس.

ولنا: أنَّ النَّصَّ معلولٌ بالحاجة إلى التأمل؛ لدفع الغَبْن، والنَّاس يتفاوتون في **البصارة**[1] بالسِّلع، فمن الجائز أن يكون المشْروط له الخيار أبْصَر منه، ففوض الخيار إليه ليتأمل في ذلك، فإن صلح أجازه، وإلاَّ فسخ، وإذا جاز هذا الشَّرط، ثبت الخيار للشروط له، وللعاقد أيضاً؛ ولما نذكر، ولكل واحدٍ منهما ولاية الإجازة والفسخ، وسواءٌ كان العاقد مالكاً، أو وصيّاً، أو وليّاً، أو وكيلاً ـ فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه، أو لصَاحبه الذي عاقده.

أما الأب أو الوصيُّ؛ فلأنَّ اشتراط الخيار منهما من باب النَّظر للصَّغير فيملكانه، وأما الوكيل فلأنه يتصرَّف بأمر الموكّل، وقد أمره بالبيع والشراء مطلقاً، فيجري على إطلاقه.

وكذلك المضَارِب، أو الشريك شركة **عنان أو مفاوضَة** ـ يملك شرط الخيار؛ لما قلنا، ولو اشترى شيئاً على أنه إن لم ينقد الثَّمن إلى ثلاثة أيام، فلا بَيْع بينهما ـ فالقياس ألاَّ يجوز هذا البَيْع، وهوقول زفر ـ رحمه الله ـ وفي الاستِحْسَان جائز.

وجه القياس: أن هذا بيعٌ علقت إقالته بشَرْط عدم نقد الثَّمن إلى ثلاثة أيام، وتعليق الإقالة بالشَّرط فاسدٌ، فكان/ هذا بيعاً دخله شرطٌ فاسد، فيكون فاسداً كسائر الأنواع التي دخلتها شُروطٌ فاسدةٌ. ٣/ ١٨٧أ

وجه الاستحسان: أن هذا البَيْع في معنى البَيْع بشرط الخيار؛ لوجود التعليق بشرط في كل واحدٍ منهما، وتحقُّق الحاجة المسْتَدْعية للجواز، أمَّا التَّعليق؛ فإنه علّق إقالة هذا البيع وفسخه بشَرط عدَم النَّقد إلى ثلاثة أيام، وفي البيع بشَرْط الخيار، علّق انعقاده في حقِّ الحكم بشرطِ سقوطِ الخيار.

---

(١) البصارة: العلم بالشيء.

وأما الحاجة: فإنَّ المشتَري كما يحتاج إلى التأمُّل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا؟ فالبائع يَحْتَاج إلى التأمُّل، أنه هل يصل الثَّمن إليه في الثَّلاث أم لا! وكذا المشتري يحتاج إلى التَّأمل، أنه هل يقدر على النَّقد في الثَّلاث أم لا! فكان هذا بيعاً مسَّت الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعاً، فكان أولى بالجَوَاز من البيع بشَرْط الخيار، فورود الشَّرع بالجواز هناك، يكون وروداً ههنا دلالةً.

ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثَّمن إلى أربعة أيام، لم يَجُزْ عند أبي حنيفة، كما لا يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر، بعد أن يكون معلوماً! إلا أن أبا يوسُف يقول: ههنا لا يجوز، كما قال أبو حَنِيفة، فأبو حنيفة مرَّ على أصله ولم يجز في الموضِعَين، ومحمد مرَّ على أصله وأجاز فيهما، وأبو يوسف فرَّق بينهما.

ووجه الفرق له: أنَّ القياس يأبى الجواز في الموضِعَين جميعاً، إلا أن الجواز في شَرْط الخيار عَرَفْناه بأثر ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ، فبقي هذ على أصْل القياس، والله سبحانه ـ عز شأنه ـ أعلم.

ويتَّصلُ بالشُّروط المفسدة ما إذا باع حيواناً، واستثنى ما في بطنه من الحمل أن البيع فاسد، لأن بيع الحمل بانفراده لا يجُوز، فكان استثناؤه بمنزلة شرط فاسدٍ، أدخل في البيع فوجب فساد البيع؛ وكذلك هذا في عقد الإجارة، والكتابة، والرَّهن؛ بخلاف النِّكاح، والخُلْع، والصُّلح، عن دم العمد، والهِبَة والصَّدقة؛ لأن استثناء الحمل في هذه العُقُود لا يبطلها.

وكذلك في الإعتاق، لما أن استثناء ما في البَطْن بمنزلة شرط فاسد، والبيع وأخواته تبطلها الشُّروط الفاسدة، فكان الشَّرط فاسداً والعقد فاسداً، فأما النِّكاح ونحوه فلا تبطله الشُّروط الفاسدة، فجاز العَقْد وبَطَل الشَّرط، فيدخل في العقد الأم والولد جميعاً. وكذا في العتق؛ وكذا إذا باع حيواناً واستثنى شيئاً من أطرافه ـ فالبيع فاسدٌ.

ولو باع صُبْرة واستَثْنى قفيزاً منها، فالبيع جائزٌ في المستثنى منه؛ وكذا إذا باع صُبْرة واستثنى جُزْءًا شائعاً منها؛ ثُلُثَها، أو رُبُعَها، أو نحو ذلك، ولو باع قطيعاً من الغنم واستثنى شاةً منها بغير عِينها ـ فالبيع فاسدٌ، ولو استثنى شاةً منها بعينها، فالبيع جائز.

والأصْلُ في هذا: أن من باع جُمْلة واستثنى منها شيئاً، فإن استَثْنَى ما يجوز إفراده بالبيع، فالبيع في المستَثْنى منه جائز، وإنِ استَثْنَى ما لا يجوز إفراده بالبيع، فالبيع في المستثنى منه فاسدٌ.

ولو باع الثمرة على رؤوس النَّخل، واستثنى منها صاعاً، ذكر القاضي في «شرحه مختصر

الطحاوي» أنه يجوز؛ لأنه استثنى ما يجُوز إفراده بالبيع؛ فأشبه ما إذا باع جُزءًا مشاعاً منه، من الثلث والربع؛ وكذا لو كان الثمر مجذُوذاً فباع الكُلّ واستثنى صاعاً، يجوز؛ وأي فَرق بين **المجذُوذِ وغير المجذُوذ**.

وذكر الطّحاوي في مختصره أنه لا يجُوزُ، وإليه أشار محمَّد في «الموطأ»؛ فإنه قال: لا بأس بأن يَبيع الرَّجل ثمرة، ويستثني منها بعضها، إذا استثنى شيئاً في جملته رُبعاً أو خُمساً أو سُدْساً قيّد الجواز بشَرْط أن يكون المستَثْنى مشاعاً في الجملة، فلو ثبت الجواز في المعيّن، لم يكن لتَقْييده بهذا الشَّرط معنى[١].

وكذا رَوَى الحسن بن زياد؛ أنه قال: لا يجُوز؛ وكذا ذكر القدوري ـ رحمه الله ـ في «مختصره»، ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشُّروط مذهب أصْحَابِنا.

وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز، والشَّرط باطلٌ، ، وقال ابن شبرمة: البيع جائزٌ والشَّرط جائز.

والصَّحيح قولنا: لَمَا رَوَىٰ أَبُو حَنيفَة، عَنْ عَمْرو بْنُ شُعَيْبِ، عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ[٢]، والنَّهي يقتضي فساد المنهي، فيدل على فَسَاد كلّ بيع وشرط، إلا ما خصَّ عن عَموم النصِّ؛ ولأن هذه الشُّروط بعضها/ فيه منفعة زائدةٌ ترجع إلى العاقدين، أو إلى غيرهما، وزيادة منفعةٍ مشروطةٍ في عقد البيع تكُون رباً والرِّبا حرامٌ والبيع الذي فيه رباً فاسدٌ وبعضها فيه غررٌ؛ «وَنَهَىٰ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ عَنْ بَيْعٍ فِيهِ غَرَرٌ» والمنهيُّ [عنه] فاسد، وبعضها شرط التلهّي، وأنه محظورٌ، وبعضها يغير مقتضى العَقْد، وهو معنى الفَسَاد؛ إذِ الفساد هو التَّغيير، والله سبحانه وتعالى أعلم. ٣/ ٨٧ب

ثم قران الشَّرط الفاسد بالعقد، وإلحاقه به، سواء عند أبي حَنِيفةَ ـ رحمه الله ـ؛ حتى لو باع بيعاً صحيحاً، ثم ألحق به شيئاً من هذه الشُّروط المفسدة ـ يلتحق به، ويفسد العقد، وعندهما: لا يلتَحِق به ولا يفسد العقد، وأجمعوا على أنه لو ألحق بالعَقْد الصَّحيح شرطاً صحيحاً كالخيار الصَّحيح في البيع الباتّ؛ ونحو ذلك ـ يلتحق به.

وجه قولهما: أن إلحاق الشَّرط الفاسد بالعقد، يغير العَقْد من الصِّحة إلى الفَسَاد، فلا يصحُّ فبقي العقد صحيحاً كما كان؛ لأن العقد كلامٌ لا بقاء له، والالتحاق بالمعدُوم لا يجُوز، فكان ينبغي ألاَّ يصحَّ الإلحاق أصلاً، إلا أن إلحاق الشَّرط الصَّحيح بأصْلِ العقد ثبت شرعاً؛ للحاجة إليه، حتى صحَّ قرانه بالعقد، فيصحُّ إلحاقه به، فلا حاجة إلى إلحاق الشَّرط الفاسد ليفسد العقد؛ ولهذا لم يصحَّ قرانه بالعقد.

---

(١) في أ: فائدة.
(٢) تقدم.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن اعتبار التَّصرُّف على الوجه الذي أوقعه المتصرِّف واجبٌ، إذا كان هو أهلاً والمحلّ قابلاً، وقد أوقعه مفسداً للعقد، إذ الإلحاق لفَساد العقد، فوجب اعتباره؛ كما أوقعه فاسداً في الأصْل.

وقولهما: «الإِلحاق تغيير للعقد»، قلنا: إن كان تَغْييراً، فلهما ولاية التَّغيير؛ ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزِّيادة في الثمن، والمثمن والحطّ عن الثمن، وبإلحاق الشَّرط الصَّحيح، وإن كان تغييراً؛ ولأنهما يملكان الفَسْخَ، فالتغيير أولى؛ لأن التَّغيير تبديل الوصْف، والفسخ رفع الأصْل والوصْف، والله سبحانه أعلم.

ومنها الرِّضا؛ لقول الله تعالى: ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم﴾ [سورة النساء، ٢٩] عقيب قوله عز اسمه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾ [سورة النساء، ٢٩].

وقال ـ عليه السلام ـ: «**لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ**»[1]، فلا يصحُّ بيع

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢ ـ ٧٣) والدارمي (٢/ ٢٤٦) كتاب البيوع: باب في الربا الذي كان في الجاهلية وأبو يعلى (٣/ ١٣٩) رقم (١٥٧٠) والدارقطني (٣/ ٢٦) كتاب البيوع رقم (٩٢، ٩٣)، والبيهقي (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب: باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً كلهم من طريق حماد بن سلمة عن علي بن زيد بن جدعان عن أبي حرة الرقاشي عن عمه به.
وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٦٨) وقال: رواه أحمد وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وفيه علي بن زيد وفيه كلام.. ا.هـ
لكن للحديث شواهد كثيرة يرتقي بها الحديث إلى الصحة منها عن أبي حميد الساعدي.
أن النبي ﷺ قال: لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه.
أخرجه أحمد (٥/ ٤٢٥) والبزار (٢/ ١٣٤ ـ كشف) رقم (١٣٧٣) وابن حبان (١١٦٦ ـ موارد) والطحاوي «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٤١) وفي «مشكل الآثار» (٤/ ٤١ ـ ٤٢) والبيهقي (٦/ ١٠٠) كتاب الغصب: باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً كلاهم من طريق سليمان بن بلال عن سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن سعد عن أبي حميد الساعدي به.
قال البزار: لا نعلمه عن أبي حميد إلا من هذا الطريق وإسناده حسن وقد روي من وجوه عن غيره من الصحابة: وصححه ابن حبان.
وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٧٤): رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح.
ومنها عن عمرو بن يثربي
قال: شهدت خطبة رسول الله ﷺ بمنى فكان فيما خطب به أن قال «ولا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه....».
أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٢، ٥/ ١١٣) والدارقطني (٣/ ٢٥ ـ ٢٦) كتاب البيوع: برقم (٨٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٤١) وفي «مشكل الآثار» (٤/ ٤٢) والبيهقي (٦/ ٩٧) من طريق عمارة بن حارثة عن عمرو بن يثربي به.

=

المكْرهَ إِذا باع مكرهاً، وسلَّم مكرها؛ لعدم الرِّضا، فأما إِذا باع مكرهاً وسلم طائعاً ـ فالبيع صحيحٌ، على ما نذكره في كتاب الإِكْراه، ولاَ يصحُّ بيع الهازل؛ لأنه متكلّم بكلام البيع لا على إدارة حقيقتِه، فلم يوجد الرِّضا بالبيع، فلا يصحُّ، بخلاف طلاق الهَازِل أنه واقع؛ لأن الفائت بالإِكْرَاه ليس إِلا الرِّضا، والرِّضا ليس بشَرْط لوقوع الطلاق؛ بخلاف البيع، على أن الهَزْل في باب الطَّلاق ملحق بالجَدّ شرعاً.

قال عليه الصلاة والسلام: **«ثَلاَثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ: الطَّلاَقُ وَالنِّكَاحُ وَالعَتَاقُ»**[1] أَلحق الهازل بالجادّ فيه، ومثل هذا لم يرِدْ في البيع.

وعلى هذا يخرج بيع المنَابذَة، والملامَسة، والحَصَاة، الذي كان يفعله أهل الجَاهليَّة، كان الرَّجُلان يتساوَمَان السِّلعة، فإذا أراد أحدُهما إلزام البيع نبذ السِّلعة إلى المشْتَري، فيلزم البيْعَ، رَضِيَ المشتري أم سخَط، أو لمسها المشْتَري، أو وضع عليها حَصَاةَ، فجاء الإِسْلام فشرط الرِّضا، وأبْطَلَ ذلك كله.

وعلى هذا يخرج بيع **التَّلْجِئة**، وهي ما لجأ الإِنسان إليه بغير اختياره اختيار الإِيثار.

وجملة الكلام فيه: أن التَّلجئة في الأصْل لا تخلو إما أن تكون في نفس البَيْع، وإما أن تكون في الثَّمن، فإن كانت في نَفْس البيع، فإما أن تَكُون في إنْشَاء البيع، وإما أن تَكُون في الإقرار به، فإن كانَتْ في إنشاء البَيْع؛ بأن تواضَعُوا في السِّرِّ لأمر ألجأهم إليه، على أن يظهر البَيْع، ولا بيع بينهما حقيقة، وإنما هو رِياءٌ وسمعة؛ نحو أن يخاف رجلٌ السلطانَ، فيقول الرَّجل: إني أظهر أني بعْتُ منك داري، وليس ببَيْع في الحقيقة، وإنما هو تلْجِئة فتبايعا؛ فالبيع باطِلٌ في ظاهرِ الرِّواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسُف ومحمد؛ لأنهما تكلّما بصيغة البَيْع لا على قصد الحقيقة، وهو تفسير الهَزْل، والهَزْلُ يمنع جواز البَيْع؛ لأنه يعدم الرِّضا بمباشرة السَّبب، فلم يكن هذا بيعاً منعقداً في حقِّ الحكم.

= وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٧٤): رواه أحمد وابنه من زياداته أيضاً والطبراني في «الكبير» و«الأوسط» ورجال أحمد ثقات ا.هـ.

ومنها أيضاً عن ابن عباس:

أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع ـ فذكر الحديث وفيه: لا يحل لامرىء من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفسه.

أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥) كتاب البيوع رقم (٨٧) والبيهقي (٦/ ٩٧) كتاب الغصب: باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً من طريق ثور بن يزيد الأيلي عن عكرمة عن ابن عباس به.

(١) تقدم.

وروى أبو يوسف، عن أبي حنيفة؛ أن البيع جائزٌ؛ لأن ما شرطاه في السِّر لم يذكراه في العَقْد، وإنما عَقَدا عقداً صحيحاً، بشرائطه، فلا يؤثر فيه ما تقدَّم من الشَّرط؛ كما إذا اتَّفقا على أن يشترطا شرطاً فاسداً عند البيع، ثم باعا/ من غير شَرْط. ٣/١٨٨أ

والجواب: أنَّ الحُكم ببطْلاَن هذا البيع لكان الضرورة، فلوا اعتبرنا وجودَ الشَّرط عند البيع، لا تندفع الضَّرورة، ولو أجاز أحَدُهما دون الآخر، لم يجز، وإن أجَازَاه، جاز؛ كذا ذكر محمَّد؛ لأن الشَّرط السابق وهو المواضعة منَعتِ انعقاد العقد في حقِّ الحكم، بمنزلة شَرْط خيار المتبايعين، فلا يصِحُّ إلا بتراضِيهمَا ولا يملكه المشْتَري بالقبض، حتى لو كان المشْتَري عبداً، فقبضه وأعتقه لا ينفذ إعتاقه، بخلاف المُكْره على البيع والتَّسليم، إذا باع وسلَّم، فأعتقه المشْتَري؛ أنه ينفذ إعتاقه؛ لأن بيع المُكْره انعقد سبباً للحكم؛ لوجود الرِّضا بمباشرة السَّبب عقلاً؛ لما فيه من صيانة نفسه عنِ الهَلاك، فانعقد السَّبب، إلاّ أنه فسد لانعدام الرِّضا طبعاً، فتأخر الملك فيه إِلى وقت القَبْض، أما ههنا فلم يوجد الرِّضا بمباشرة السبب في الجانبين أصلاً، فلم ينعقد السَّبب في حق الحكم، فتوقَّف على أحدهما فأشبه البيع بشَرْط خيار المتبايعين.

هذا إذا كانت التَّلْجئة في إِنشاء البيع؛ فأمَّا إذا كانت في الإِقرار به، فإنِ اتَّفقا على أن يقرَّا ببيع لم يكن، فأقرّا بذلك، ثم اتَّفقا على أنه لم يكن - فالبيع باطلٌ، حتى لا يجوز بإجازتهما؛ لأن الإِقرار إِخبار، وصحَّة الإِخبار بثبوت المخبر به حال وجود الإِخبار، فإن كان ثابتاً، كان الإِخبار صدقاً، وإلا فيكون كذباً، والمخبر به ههنا وهو البَيْع ليس بثابتٍ، فلا يحتمل الإجازة؛ لأنَّها تلحق الموجود لا المعْدُوم.

هذا كله إذا كانت التَّلجئة في نفس البيع، إنشاءً كان أو إقراراً؛ فأما إذا كانت في الثَّمن، فهذا أيضاً لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كانت في قَدْر الثمن، وإما إن كانت في جِنْسه، فإن كانت في قدْره؛ بأن تواضعا في السِّر والباطن على أن يكون الثَّمن ألفاً، ويتبايعان في الظَّاهر بألفين، فإن لم يقُولا عند المواضَعَة: ألف منهما رياءً وسمعة، فالثمن ما تعاقدا عليه؛ لأن الثَّمن اسم للمذْكور عند العقد، والمذْكُور عند العقد ألفان؛ فإن لم يذكر أن أحدَهُما رياءً وسمعة، صحَّت تسمية الألْفين؛ وإن قالا عند المواضعة: ألف منهما رياءً وسمعة، فالثَّمن ثمن السر، والزيادة باطِلَة في ظاهر الرِّواية عند أبي حنيفة؛ وهو قول أبي يوسف ومحمد. وروي عن أبي يوسف[1]: إن الثمن ثمن العلانيَة.

(١) في أ: حنيفة.

وجه هذه الرواية: أن الثَّمن هو المذكور في العَقْد، والألفان مذْكُوران في العَقْد، وما ذَكَرا في المواضَعَة لم يذكراه في العَقْد، فلا يعتبر.

وجه ظاهر الرِّواية: أن ما تواضَعَا عليه في السِّر، هو ما تعاقَدَا عليه في العلانية، إلا أنهما زادَا عليه ألفاً أخرىٰ، والمواضعة السَّابقة أبطلت الزيادة؛ لأنهما في هزلانهما حيث لم يقْصداهَا، فلم يصحَّ ذكر الزِّيادة في البيع، فيبقى البيْع بما تواضَعا عليه وهو الألف؛ وإن كانت في جنسه؛ بأنِ اتَّفقا في السِّر على أن الثَّمن ألفُ درهم، لكنهما يظهرا أن البيعَ بمائة دينار، فإن لم يقولا في المواضعة: أن ثمن العلانية رياء وسمعة، فالثَّمن ما تعاقدا عليه؛ لما قلنا؛ وإن قالا ذلك، فالقياس أن يبطل العقد، وفي الاسْتِحسَان يصحُّ بمائة دينار.

وجه القياس: أن ثمن السر لم يذكراه في العَقْد، وثمن العلانية لم يقْصداه، فقد هَزلاَ به، فسقط وبقي بيعاً بلا ثمن؛ فلا يصحُّ.

وجه الاستحسان: أنهما لم يقصدا بيعاً باطلاً، بل بيعاً صحيحاً، فيجب حمله على الصِّحةِ ما أمكن، ولا يمكن حَمْله على الصِّحة إلا بثمن العلانية، فكأنهما انصرفا عمَّا شرطاه في البَاطن، فتعلَّق الحكم بالظاهر؛ كما لو اتَّفقا على أن يبيعاه بيع تَلْجِئة، فتواهبا بخلاف الألف والألفين؛ لأن الثَّمن المذكور المشروط في السِّر مذكورٌ في العقد وزيادة، فتعلَّق العقد به.

هذا إذا تواضعا في السِّر ولم يتعاقَدَا في السِّر؛ فأما إذا تعاقدا في السِّر بثمن، ثم تواضَعَا على أن يُظْهِرا العقْد بأكثر منه أو بجنس آخَر؛ فإن لم يقولا: أنَّ العقد الثَّاني رياء وسمعة - فالعقْد الثَّاني يرفع العَقْد الأول، والثمن هو المذْكور في العقد الثاني؛ لأن البيع يحْتَمل الفَسْخ والإقالة، فشروعهما في العَقْد الثَّاني إبْطَال للأول، فبَطَل الأول وانعقد الثاني بما سمّى عنده.

وإن قالا: رياء وسمعةً؛ فإن كان الثَّمن من جنس آخر، فالعقد هو العَقْد الأوَّل؛ لأنهما لم يذكرا الرِّياء والسُّمعة، فقد أبطلا المسمَّى في العقد الثَّاني، فلم يصحَّ العقد [الثاني][1] فبقي العَقْد الأول؛ وإن كان من جِنْس الأول، فالعقد/ هو العقد الثَّاني؛ لأن البيع يحتمل الفَسْخ، فكان العقد هو العقد الثَّاني، لكن بالثَّمن الأَول، والزيادة باطلةٌ؛ لأنهما أبطلاها حيثْ هَزَلا بها. ٣/ ٨٨ب

هذا إذا تواضعا واتَّفقا في التَّلْجئة في البيع، فَتَبايعا وهما متَّفقان على ما تواضَعَا؛ فأما إذا اختلفا: فادعى أحدهما التَّلجئة، وأنكر الآخر، وزعم أنَّ البيع بيعُ رغبة - فالقول قول مُنْكر التَّلجئة؛ لأن الظَّاهر شاهد له، فكان القول قوله مع يَمِينه، على ما يدَّعيه صاحبُه من التَّلْجئة إذا طلب الثَّمن.

---

(١) سقط من ط.

وإن أقام المدَّعي البيِّنة على التَّلجئة، تقبل بيِّنته لأنَه أثبتَ الشَّرط بالبينة، فتقبل بينته؛ كما لو أثبت الخيار بالبيِّنة، ثم هذا التَّفريع على ظاهر الرِّواية عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ؛ لأنه يعتبر العقد الظَّاهر، فلا يلتفت إلى هذه الدعوىٰ؛ لأنها وإن صحَّت لا تؤثِّر في البيع الظَّاهر.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» الخِلاَف بين أبي حنيفة وصاحبيه؛ فقال: على قول أبي حنيفة، القَول قول من يدَّعي جواز البيع[1]؛ وعلى قولهما، القول قول من يدَّعي التَّلْجئة، والعقد فاسد.

ولو اتَّفقا على التَّلجئة، ثم قالا عند البيع: كُلُّ شرطٍ كان بيننا فهو باطلٌ ـ تبطل التَّلجئة، ويجوز البيع؛ لأنه شرط فاسدٌ زائد، فاحتمل السُّقوط بالإِسْقَاط، ومتى سقط، صار العقد جائزاً إلا إذا اتَّفقا عند المواضعة، وقالا: إن ما نقوله عند البيع: أن كلَّ شرط بينَنَا فهو باطل؛ فذلك القول منَّا باطلٌ؛ فإذا قالا ذلك، لا يجُوز العقد؛ لأنهما اتَّفقا على أن ما يبطلانه من الشَّرط عند العقد باطلٌ، إلا إذا حكيا في العلانية ما قالا في السِّر؛ فقالا: إنا شرَطْنا كذا وكذا، وقد أبطلنا ذلك، ثم تبايعا ـ فيجوز البيع، ، ثم كما لا يجوزُ بيع التَّلجئة لا يجوز الإقرار بالتَّلجئة؛ بأن يقول لآخر: إني أقرّ لك في العلانية بمَالي أو بداري، وتواضعاً على فساد الإِقرار ـ لا يصحُّ إقراره، حتى لا يملكه المقرّ له، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأمَّا الذِي يخصُّ بعضُ **البَيَاعاتِ** دُونَ بَعْضٍ، فأنواع أَيضاً:

منها: أن يكون الأَجل معلوماً في بيع فيه أجل؛ فإن كان مجهولاً، يفسد البيع؛ سواء كانت الجهالة متفاحشة؛ كهبوب الرِّيح، ومطَر السماء، وقدوم فلان، وموته، والميسرة، ونحو ذلك؛ أو متقاربة، كالحصاد، **والدِّياس**، **والنيروز**، **والمهرجان**، وقدوم الحاج، وخروجهم، **والجذاذِ والجزار**، **والقطَاف**، والميلاد وصَوْم النَّصارى، وفطرهم قبل دخولهم في صومهم، ونحو ذلك؛ لأن الأوَّل فيه غَرَرُ الوجود والعدم.

والنَّوعُ الثَّاني: مما يتقدَّم ويتأخر، فيؤدِّي إلى المنازعة، فيوجِبُ فساد البيع، ولو باع العَيْن بثمن دين إلى أجل مجهول جهالة مُتقاربة، ثم أبطل المشْتَري الأجل قبل محلّه، وقبل أن يفسخ العقد بينهما لأجلِ الفَسَاد ـ جاز العَقْد عند أصْحَابنا الثَّلاثة، وعند زفر: لا يجوز، ولو لم يبطل حتى حَلَّ الأجَل، وأخذ النَّاس في الحصاد، ثم أبطل ـ لا يجُوز العقد بالإِجْمَاع.

وإن كانت الجهالة مُتَفاحشة، فأبطل المشتري الأَجَل قبل الافتراقِ ونقد الثمن ـ جاز البيع عِنْدنا، وعند زفر: لا يجُوز؛ ولو افترقا قبل الإِبْطال، لا يجوز بالإِجماع، وعلى هذا؛ إذا باع

---

(١) في أ: العقد.

بشَرْط الخيار، ولم يوقِّت للخيار وقتاً معلوماً؛ بأن قال: أبداً، أو أياماً، أو لم يذكر الوَقْت حتى ـ فَسَد البيع بالإجْمَاع.

ثم إن صاحب الخيار أبطل خياره قبل مُضِيِّ ثلاثة أيام، قبل أن يفْسخ العقد بينهما ـ جاز البيع عندنا؛ خلافاً لـ «زفر» ـ رحمه الله ـ؛ وإن أبطل بعد مُضِيِّ الأيام الثَّلاثة لا يجوز العَقْد عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وزفر.

وعند أبي يوسف ومحمَّد يجوز، وإن وقَّت وقتاً معلوماً؛ بأن قال: أربعة أيام، أو شهراً، فأبطل الخيار قبل مُضِيِّ ثلاثة أيام، وقبل أن يفسخ العقد بينهما لأجل الفساد ـ جاز عندنا، وعند زفر: لا يجُوز، وعندهما: هذا الخيار جائزٌ؛ ولو مضت الأيام الثَّلاثة، ثم أبطل صاحِبُ الخيار خِيَاره ـ لا يجُوز البيع بالإِجْمَاع.

وعلى هذا، لو عقدا عقد السَّلم بشرط الخيار، حتى فسد السَّلم، ثم إن صاحب الخيار أبطل خِيَاره قبل الافتراق ـ جاز السّلم عندنا؛ إذا كان رأس المال قائماً في يده؛ ولو افترقا قبل الإِبطال، ثم أبطل ـ لا يجوز بالإجماع.

وعلى هذا، إذ اشترى ثوباً برقمه، ولم يعلم المشتري رقمه حتى فسد البيع، ثم علم رقمه؛ فإن علم قبل الافتراق واختار البيع ـ جاز البيعُ عندنا، وعند زفر: لا يجُوز، ، وإِن كان بعد الافتراق،/ لا يجُوز بالإِجماع.

والأصل عند زفر: أن البيع إِذا انعقد على الفَسَاد لا يحتمل الجَواز بعد ذلك برفع المفسد، والأصل عندنا أنه ينْظُر إِلى الفساد، فإِن كان قويًّا؛ بأن دخل في صُلْب العقد، وهو البدل أو المبدل ـ لا يحتمل الجواز برفع المفسد؛ كما قال زفر: إِذا باع عبداً بألف درهم ورطل من خمر، فحطّ الخمر عن المشْتَري، ، وإن كان ضعيفاً لم يدْخُل في صلب العَقْد، بل في شرط زائد[1] ـ يحتمل الجواز برفع المفسد؛ كما في البيع بشَرْط خيار لم يوقّت، أو وقّت إلى وقت مجهول؛ كالحصاد والدِّياس، أو لم يذكر الوقت، وكما في بيع الدَّين بالدَّين إِلى أجل مجْهول على ما ذكرنا.

ثم اختلف مشايخنا في العِبَارة عن هذا العَقْد، قال مشايخ العراق: أنه انعقد فاسداً، لكن فساداً غير متقرّر؛ فإن أبطل الشَّرط قبل تقرره، بأن لم يدخل وقت الحَصَاد، أو اليوم الرابع ـ ينقلب إِلى الجواز؛ وإن لم يبطل حتى دخل، تقرَّر الفساد، وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر.

---

(١) في ط: جائز.

وقال مشايخ خراسَان، وبعض مشايخنا بما وراء النهر: العقد موقُوفٌ إِن أسقط الشَّرط قبل وقت الحَصَاد واليوم الرابع، تبين أنه كان جائزاً من الأصل؛ وإِن لم يسقط حتى دَخَل اليوم الرابع، أو أوانُ الحصاد ـ تبين أنه وقع فاسداً من حين وجُوده.

وذكر عن الحسن بن زياد ـ رحمه الله ـ أنه قال: قال أبو حَنِيفة: لو أن رجلاً اشترى عبداً على أنه بالخيار أكْثَر من ثلاثة أيَّام ـ فالبيع موقوفٌ؛ فإِن قال المشتري قبل مُضِيِّ الثلاث: أنا أبطل خِيَاري، واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيئاً ـ كان له ذلك، وتمَّ البيع وعليه الثمن، ولم يكن للبائع أن يبطل البَيْع، وإِن قال البائع: قد أبطلت البَيْع، قبل أن يبطل المشتري خياره ـ بَطَل البيع، ولم يكن للمشتري أن يستَوْجبه بعد ذلك، وأن يبطل خياره؛ فقد نصَّ على التوقف وفسَّره؛ حيث جعل للبائع حق الفَسْخ قبل إِجازة المشتري، وهذا أمارة البيع الموقوف: أن يكون لكل واحدٍ من العاقدين حق الفسخ.

وجه قول زفر: أن هذا بيعٌ انعقد بوصف الفَسَاد من حين وجوده، فلا يتصوّر أن ينقلبَ جائزاً؛ لما فيه من الاستحالة؛ ولهذا لم ينْقَلِب إِلى الجواز إِذا دخل اليوم الرابع، أو وقت الحصاد والدّياس.

ولنا طريقان:

أحدهما: أن هذا العقد موْقُوف للحَالِ، لا يوصَفُ بالفساد ولا بالصِّحة؛ لأن الشَّرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة، ويحتمل ألاَّ يكون؛ فإذا سقط قبل دخولِ أوان الحَصَاد واليوم الرابع، تبين أنه ليس بمفسد؛ لأنه تبين أنه ما شرط الأجل والخيار إِلاّ إِلى هذا الوقت، فتبين أن العقْد وقع صحيحاً، مفيداً للملك بنفسه، من حين وجوده؛ كما لو أسقط الأَجل الصَّحيح والخيار الصَّحيح، وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضِيِّ يوم، وإِن لم يسقط حتى مضت الأيام الثَّلاثة، ودخل وقت[1] الحصاد ـ تبين أن الشَّرط كان إِلى هذا الوقت، وأنه شرط مفْسد.

والثاني: أن العقْد في نفسه مشروعٌ لا يحتمل الفَسَاد على ما عرف؛ وكذا أصل الأجل والخيار؛ لأنه ملائم للعقد، وأنه يوصف العقد بالفَسَاد للحال لا لعينه، بل لمعنىً مجاور له زائد عليه، وعلى أصل الأَجل والخيار، وهو الجهالة وزيادة الخِيَار على المدَّة المشْروعة؛ فإِن سقط قبل دُخُول وقت الحَصَاد أو اليوم الرَّابع، فقد أسقط المفْسد قبل تقرُّره، فزال الفساد، فبقي العقد مشروعاً؛ كما كان من غير وصْف الفساد، وإِذا دخل الوقت فقد تقرَّر المفسد، فتقرر الفساد، والفساد بعد تقرُّره لا يحتمل الزَّوال.

---

(١) سقط من ط.

وقوله: **«العقد ما وَقَع فاسداً من حين وجودِه»**، قلنا: على الطَّريق الأول ممنوع، بل هو موقوفٌ، وعلى الطريق الثَّاني مسلَّم، لكن لا لعينه بل لغيره، وهو الشَّرط المجاور المفسد، وقد أسقط المفْسد قبل تقرُّره، فزال الفساد الثَّابت لمعنى في غيره، فبقي مشروعاً، والله سبحانه وتعالى الموفّق.

ولو باع بثَمَن حال، ثم أخّر إلى الآجال المتَقَاربة ـ جاز التَّأخير، ولو أخّر إلى الآجال المتفاحشة، لم يجز، **والدَّين على حَالِهِ حَالٌ، فَرَقٌ بين التَّأجيل والتأخير**؛ لم يجوّز التَّأجيل إلى هذه الآجال أصلاً، وجوّز التَّأخير إلى المتقارب منها.

ووجه الفرق: أن التَّأجيل في العقد جعل الأجل شرطاً في/ العقد، وجهالة الأجَل المشْروط في العقد ـ وإن كانت متقاربة ـ تُوجب فَسَاد العقد؛ لأنها تفضي إلى المنَازَعة؛ فأما التَّأخير إلى الآجال المجْهُولة جهالة متقاربة ـ فلا تُفْضي إلى المنازعة؛ لأن النَّاس يؤخّرون الدُّيون إلى هذه الآجال عادةً، ومبنى التَّأخير على المسامحة، فالظاهر أنهم يسامحون ولا ينازعون، وما جرت العادة منهم بالتأخير إلى آجال تفحش جهالتها بخلاف التأجيل؛ لأن ما جعل شرطاً في البيع مبناه على المضَايقة، فالجهالة فيها ـ وإن قلت ـ تُفْضي إلى المنازعة؛ ولهذا لا يجُوز البيع إلى الآجال المتقاربة، وجازت الكَفَالة إليها؛ لأن مبنى الكفالة على المسَامَحة؛ فإنَّ المكفول له لا يضيّق الأمر على الكفيل عادةً؛ لأن له سبيل الوصُول إلى الدين من جهة الأصيل، فالتَّأجيل إليها لا يفضي[1] إلى المنَازَعة، بخلاف البيع؛ فإن الجَهَالة في باب البيع مفضية إلى المنازَعة، فكانت مفسدةً للبيع.

٣/ ٨٩ب

ولو اشترى عيناً بثمن دين، على أن يسلّم إليه الثَّمن في مصر آخر، فهذا لا يخلو إمَّا أن يكون الثمن مما لا حمل له ولا مُؤنة، وإما أن يكون ممَّا له حمل ومُؤنة، وعلى كل ذلك، لا يخلو من أَنْ ضرب له الأَجل أو لم يضرب، فإِن لم يضرِب له الأجل، فالبيع فاسدٌ، سواء كان الثَّمن له حمل ومُؤنة أو لم يكن؛ لأنَّه إذا لم يضرب له الأجل، كان شرط التَّسليم في موضعِ على سبيل التَّأجيل، وأنه أجل مجهول فيوجِبُ فساد العقْد.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن الثَّمن إذا كان لا حمل له ولا مُؤنة، فالبيع جائز؛ لأنَّ شرط التَّأجيل في مكان آخر ليس بتأجيل حقيقة، بل هو تخصيصُ التَّسليم بمكانٍ آخر، فيجوز البيْع، ويجبر المشْتَري على تسليم الثَّمن في أي موضعِ طالبه.

وإن ضرب[2] له أَجَلاً على أن يسلم إليه الثَّمن بعد محلِّ الأجل في مصرٍ آخر، فإِن كان الأجل مقدار ما لا يمكن الوصُول إلى الموضع المشْرُوط في قدر تلك المدة ـ فالبيع فاسدٌ

(١) في أ: يؤدي.

(٢) في أ: طلب.

أيضاً؛ لأنه إذا كان لا يمكن الوصول فيه إلى الموضِع المشْرُوط - صار كأن لم يضرب [له أجلاً][(١)] وإن كان ضرب أجلاً يمكن الوصول فيه إلى المكان المشروط فالبيع صحيحٌ، والتأجيل صحيحٌ؛ لأنه إذا ضرب له أجلاً يمكن الوصول فيه إلى ذلك المكان، علم أن شرط التَّسْليم في ذلك المكان لم يكن على سَبيل التَّأجيل، بل على تَخْصيص ذلك المكان بالتَّسليم فيه؛ فإذا حل الأَجَلَ وطالَبه البائع بالثمن في غير المكان المشْروط، ينظر إن كان الثَّمن ممَّا ليس له حمل ولا مُؤْنة - يجبر المشتري على تَسْليمه في أي موضع طالبه البائع بعد حلِّ الأَجل، وإن كان الثَّمن له حمل ومؤنة، لا يجبر على تَسْليمه إلا في المَوضع المشْروط.

وكذلك لو أراد المشتري أن يسلمه في غير المكَان المشْروط، وأَبَى البائع ذلك إلا في الموضع المشْروط - فهو على هذا التفصيل، ولو كان الثَّمن عيناً، فشرط تسليمه في مصر آخر - فالبيع فاسد، سواءٌ شرط الأَجل أو لم يشرط؛ لأن فيه غرراً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها القَبْض في بيع المشتري المنقول فلا يصحُّ بيعه قبل القبض؛ لما رُوِيَ؛ **«أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»**[(٢)]، والنَّهي يوجب فساد المنهي[(٣)]؛ ولأنه

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٦٨ - ٨٦٩) كتاب البيوع: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده حديث (٣٥٠٣) والترمذي (٣/ ٥٣٤) كتاب البيوع: باب كراهية بيع ما ليس عندك حديث (١٢٣٢) والنسائي (٧/ ٢٨٩) كتاب البيوع: باب بيع ما ليس عند البائع وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب التجارات: باب النهي عن بيع ما ليس عندك حديث (٢١٨٧) وأحمد (٣/ ٤٠٢، ٤٣٤) وابن الجارود رقم (٦٠٢) والبيهقي (٥/ ٣١٧) كتاب البيوع: باب ما ورد من كراهية التبايع بالعينة، والطبراني في «الصغير» (٢/ ٤) من حديث حكيم بن حزام.

(٣) قال الإِمَامُ الغَزَالِيُّ في «المستصفى»: «اخْتَلَفُوا في أن النَّهْيَ عن البَيْعِ، والنِّكَاحِ، والتصرفات المُفِيدَةِ للأحكام هل يَقْتَضِي فَسَادَهَا؟

فذهب جَمَاهِيرُ العلماء إلى أنه إن كان نَهْياً عنه لِعَيْنِهِ دَلَّ على الفَسَادِ، وإن كان لغيره فلا، قال: والمُخْتَارُ أنه لا يقتضي الفَسَادَ، وبَيَانُهُ أَنَّا نعني بالفَسَادِ تخلف الأَحْكَامِ عنها، وخُرُوجَهَا عن كونها أَسْبَاباً مفيدة للأحكام.

ولو صرح الشارع وقال: حرمت عليك اسْتِيلاَدَ جَارِيَةِ الابن، ونَهَيْتُكَ عنه لعينه، لكن إن فعلت ملكت الجارية، ونَهَيْتُكَ عن الطَّلاقِ في الحَيْضِ لِعَيْنِهِ، لكن إن فَعَلْتَ بانت زَوْجَتُكَ، ونهيتك عن إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ عن الثوب بالمَاء المَغْصُوبِ، لكن إن فعلت طَهُرَ الثوب، ونَهَيْتُكَ عن ذَبْح شاة الغَيْرِ بسكِّينِ الغَيْرِ من غير إِذْنٍ، لكن إن فعلت حَلَّتِ الذَّبِيحَةُ، فشيء من هذا ليس يَمْتَنِعُ، ولا يتناقض بخلاف قوله: حَرَّمْتُ عليك الطَّلاقَ، وأَمَرْتُكَ به، أو أَبَحْتُهُ لك، وحرمت عليك الاسْتِيلادَ لِجَارِيَةِ الابن، وَأَوْجَبْتُه عليك؛ فإن ذلك مُتَنَاقِضٌ لا يعقل؛ لأن التحريم يُضَادُّ الإِيجَابَ، ولا يضاده كَوْنُ المحرم مَنْصُوباً عِلَّةً لحصول الملك وسائر الأحكام؛ إذ يَتَنَاقَضُ أن يقول: حرمت الرِّبَا، وأبحته، ولا يَتَنَاقَضُ أن يقول: حرمت الرِّبَا، =

....

= وجعلت الفِعْلَ الحَرَامَ لعينه سَبَباً لحُصُولِ المِلْكِ في العوضين؛ فإن شَرْطَ التحريم التَّعَرُّضُ لِعقَابِ الآخرة فقط دون تَخَلُّفِ الثمرات، والأحكام عنه.
فإذا تحقق هذا، فقوله: «لا تبع، ولا تُطَلِّقْ، ولا تنكح» لو دَلَّ على تَخَلُّفِ الأحكام وهو المُرَادُ بالفَسَادِ، فلا يخلو إما أن يَدُلَّ من حَيْثُ اللُّغَةُ، أو من حيث الشَّرْعُ، ومحال أن يَدُلَّ من حيث اللغة؛ لأن العَرَبَ قد تَنْهَى عن الطَّاعَاتِ، وعن الأَسْبَابِ المشروعة، وتعتقد ذلك نَهْياً حَقِيقِياً دَالاً على أن المَنْهِيَّ عنه ينبغي ألا يُوجَدَ، أما الأَحْكَامُ، فإنها شَرْعِيَّةٌ لا يناسبها اللَّفْظُ، من حيث وضع اللسان؛ إذ يعقل أن يَقُولَ العربي: هذا العَقْدُ الذي يفيد الملك والأحكام إياك أن تَفْعَلَهُ، وتقدم عليه؛ ولو صرح به الشَّارِعُ أيضاً لكان منتظماً مفهوماً، أما من حَيْثُ الشرع، فلو قام دَلِيلٌ يدل على أن النَّهْيَ للإفساد، ونقل ذلك عن النبي - ﷺ - صَرِيحاً، لكان ذلك من جهة الشَّرْعِ تَصَرُّفاً في اللغة بالتَّغْيِيرِ، أو كان صِيغَةُ النهي من جهته منصوبة علامة على الفَسَادِ، ويجب قَبُولُ ذلك، ولَكِن الشأن في إِثْبَاتِ هذه الحجة ونقلها. . .».
ثم ذكر الغزالي حُجَجَ الذين قالوا بأن النَّهي يَدُلُّ على البُطْلاَنِ، وحجج القائلين بأنه يدل على الصحة، ثم قال: «فإن قيل: فإذا اخترتم أن النَّهْيَ لا يَدُلُّ على الصحة، ولا على الفساد في أَسْبَابِ المعاملات، فما قَوْلُكُمْ في النهي عن العبادات؟ قلنا: قد بَيَّنَّا أن النهي يُضَادُّ كون المنهي عنه قُرْبَةً وطاعة؛ لأن الطَّاعَةَ عبارة عما يوافق الأمر، والأمر والنهي متضادان، فَعَلَى هَذَا صَوْمُ يوم النحر لا يكون منعقداً إن أُرِيدَ بانعقاده كَوْنُهُ طَاعَةً، وقربة، وامتثالاً؛ لأن النهي يضاده، وإذا لم يكن قُرْبة لم يلزم بالنَّذْرِ؛ إذ لا يلزم بالنذر ما ليس بِقُرْبَةٍ.
نعم، لو أمكن صرف النهي عن عَيْنِ الصوم إلى ترك إِجَابَةِ دَعْوَةِ الله تعالى؛ فذلك لا يمنع انعقاده، ولكن ذلك أيضاً فاسد. . . .
وإن قيل: فقد حمل بَعْضَ المَنَاهِي في الشرع عَلَى الفَسَادِ دون البعض، فما الفصل؟
قلنا: النهي لا يَدُلُّ على الفَسَادِ، وإنما يُعْرَفُ فَسَادُ العَقْدِ والعبادة بفوات شرطه، أو ركنه، ويعرف الفوات إما بالإِجْمَاعِ؛ كالطهارة في الصلاة، وستر العورة، واستقبال القِبْلَةِ، وإما بالنص - وإما بصيغة النَّفْيِ؛ كقوله: «لا صَلاةَ إلا بِطَهُورٍ»، و«لا نكاح إلا بِشُهُودٍ»، فذلك ظاهر في النفي عند عَدَمِ الشرط - وإما بالقِيَاسِ على مَنْصُوصٍ، فكل نهي يَتَضَمَّنُ ارتكابه الإخلال بالشرط، لا مِنْ حَيْثُ النهي، وشرط المبيع أن يكون مالاً مُتَقوِّماً، مقدوراً على تسليمه، معيناً، أما كونه مرئياً، ففي اشتراطه خلاف، وشرط الثمن أن يكون مَالاً مَعْلُومَ القَدْرِ، والجنس؛ وليس من شَرْطِ النكاح الصَّدَاقُ؛ فلذلك لم يَفْسَدْ بكون النِّكَاحِ على خَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ، أو مَغْصُوبٍ، وإن كان منهياً عنه، ولا فَرْقَ بين الطلاق السُّنِّي والبدعي في شرط النفوذ، وإن اختلفا في التحريم.
فإن قيل: فلو قال قائل: كل نَهْيٍ رَجَعَ إلى عَيْنِ الشيء فَهُوَ دَلِيلُ الفَسَادِ، دون ما يرجع إلى غيره، فهل يصح؟
قلنا: لا؛ لأنه لا فَرْقَ بين الطَّلاقِ في حال الحَيْضِ والصلاة في الدَّار المغصوبة، وبين الصلاة في حال الحيض؛ لأنه إن أمكن أن يقال: ليس مَنْهِياً عن الطلاق لعينه، ولا عن الصَّلاة في الدار لعينها؛ بل لوقوعه في حال الحيض، ولوقوعها في الدار المغصوبة - أمكن تَقْدِيرُ مثله في الصلاة في حال الحَيْضِ، فلا اعتماد إلا على فوات الشَّرْطِ، ويعرف الشرط بدليل يدل عليه وعلى ارتباط الصِّحَّةِ به، ولا يعرف بمجرد النهي فإنه لا يَدُلُّ عليه وَضْعاً ولا شرعاً. . . انتهى. =

....

= وعقب على ذلك أُستاذنا عبد المجيد محمد عَبْد الله، فقال: ويُسْتَفَادُ فيه أنه يرى أن النهي عن المُعَامَلاتِ لا يَدُلُّ على بُطْلانِهَا لُغَةً؛ لأن اللغة لا شأن لها بالصحة والبطلان؛ إذ هما شَرْعِيَّانِ، ولا شَرْعاً؛ لأنه لم يَقُمْ دَلِيلٌ شرعي على أن النهي للإفساد، ويرى أن العبادة إما أن يُلاحَظَ في صحتها كَوْنُهَا قُرْبَةً، وطاعة وَامْتِثَالاً، وسبباً للثواب، أي: أن يعتبر توصيلها إلى المَقْصُودِ الأخروي منها، وإما أن يُلاحَظَ في صحتها كَوْنُهَا مسقطة للقضاء، مفرغة للذمة؛ بأن يعتبر تَوْصِيلُهَا إلى المَقْصُودِ الدنيوي منها.

فإن لُوحِظَ المعنى الأَوَّلُ، دَلَّ النهي على بطلانها إن كان النَّهْيُ مطلقاً أو لِلذَّاتِ أو للوصف؛ لأن الطَّاعَةَ عِبَارةٌ عما يوافق الأَمْرَ، والأمر والنهي مُتَضَادَّانِ، فلا يجتمعان في تصرف واحد، فعلى هذا لا ينعقد صوم يوم النحر إن أريد بانعقاده كونه طاعة، وقربة، وامْتِثَالاً؛ لأن النَّهْيَ يُضَاده، وإذا لم يكن قربة لم يلزم النَّذْرُ؛ إذ لا نَذْرَ في مَعْصِيَةِ الله تعالى، ومثله نذر الصَّلاة في الأوقات المكروهة، أو في مكان الغصب.

وإن لُوحِظَ الأَمْرُ الثاني ـ وهو اسْتِتْبَاعُهَا لثمراتها الدُّنيوية المَقْصُودَةِ من إِسْقَاطِ القَضَاءِ، وإفراغ الذِّمَّةِ ـ فلا دَلاَلَةَ للنهي على فَسَادِهَا حينئذ، إنما يعرف فَسَادُ العِبَادَةِ ـ والحالة هذه ـ بِفَقْدِ شَرْطٍ أو ركن، كما يعرف فساد العقد، ويعرف الشَّرْطُ بِدَلِيلٍ يَدُلُّ عليه.

ومما يؤيد تَفْرِيقَهُ بين المُلاحَظَتَيْنِ في صحة العِبَادَةِ أنه قال: «لا يستحيل أن ينهى الشَّارِعُ عن الصلاة في الدار المَغْصُوبَةِ، وتنصب سبَبَاً لبراءة الذِّمَّة، وسقوط الفرض»، وقال أيضاً: «لا شَكَّ في أن المحرم لا يقع طاعة، أما ألا يَكُونَ سَبَاً للحكم فلا، فإن الاسْتِيلادِ والطَّلاقَ، وذَبْح شَاةِ الغَيْرِ ليس عليه أمرنا، فهو مُحَرَّمٌ، ثم هو ليس مَرْدُوداً بهذا المعنى، بل ترتبت عليه الأحكام» انتهى.

ومقتضى هذا أنه لَوْ نَذَرَ صَوْماً مُطْلَقاً، وصامه في يَوْمِ عِيدٍ، أو صَلاةً مطلقة وصلاها في وقت كَرَاهَةٍ، أو قضى فَائِتَةً عليه في هذا اليَوْمِ، أو في هذه الأوقات؛ فإن ذلك يبرىء ذِمَّتَهُ، ويسقط عنه القَضَاءَ؛ بل لأن النَّهْيَ لم يبطله ما لم يقم دلَيل يَدُلُّ على أن من شَرْطِ صِحَّة الصَّوْمِ ألا يكون في يَوْمِ عِيدٍ، ومن شرط صحة الصلاة ألا تكون في الوقت المكروه.

وبالجملة فهو يَرَى أن النَّهْيَ سواء أكان مُطْلَقاً أم لذات التصرف، أم لوصفه ـ لا يدل على البطلان في المُعَامَلاَتِ، ولا في العِبَادَاتِ إن قصد من بُطْلانِهَا عدم توصيلها إلى ثمراتها الدنيوية؛ لأنه لا تَنَاقُضَ بين مُوجَبِ النهي من الحُرْمَةِ، ومُوجَبِ المشروعية من تَرَتُّبِ الأحكام المَقْصُودَة من التصرف، فالمُعَوَّلُ عليه في البطلان إنما هو فَقْدُ الشرط، أو الركن، ويعرف الشَّرْطُ، أو الركن بدليل يَدُلُّ عليه، وعلى ارتباط الصِّحَّةِ بِهِ، ولا يُعْرَفُ بمجرد النهي؛ فإنه لا يَدُلُّ عليه لُغَةً، ولا شرعاً.

وكما يرى الغزالي أن النَّهْيَ لا يَدُلُّ على البُطْلانِ، يرى أنه لا يَدُلُّ على الصحة والمشروعية؛ فإن الأَمْرَ بمجرده لا يَدُلُّ على الإِجْزَاءِ والصحة، فكيف يدل عليه النهي؟ بل الأمر والنهي يَدلانِ على اقْتِضَاءِ الفعل، واقتضاء الترك فقط، أو على الوُجُوبِ، والتحريم فقط.

أما ثُبوتُ الإِجْزَاءِ، والفائدة، أو انتفاؤهما ـ فيحتاج إلى دَلِيلٍ آخر، واللَّفْظُ من حيث اللغة غير مَوْضُوعٍ لهذه القَضَايَا الشرعية.

وأما من حيث الشَّرْعُ، فلو قال الشَّارِعُ: إذا نَهَيْتُكُمْ عن أَمْرٍ أردت به صحته ـ لتلقيناه منه، ولكنه لم يثبت ذلك صَرِيحاً، لا بالتَّوَاتُرِ، ولا بنقل الآحاد، وليس من ضَرُورَةِ المَأْمُورِ أن يكون صَحِيحاً مجزئاً، فكيف يكون من ضَرُورَةِ المنهي ذلك؟ =

بيع[1] فيه غرر **الانفساخ** بهلاك المعقُود عليه؛ لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القَبْض، يبطل البيع الأول، فينفسخ الثاني؛ لأنه بَنَاه على الأول، **«وَقَدْ نَهَىٰ رَسُولُ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّه عَلَيهِ وسَلَّم ـ عَنْ بَيْعِ فِيه غَرَر»** وسواء باعه من غير بائعه أو من بائعه؛ لأن النَّهي مطلقٌ، لا يوجب الفَصْل بين البيعِ من غير بائعه وبين البَيْع من بائعه؛ وكذا معنى الغَرَر لا يفصل بينهما، فلا يصح الثَّاني، والأَول على حاله، ولا يجوز إِشراكه وتوليته؛ لأنَّ كل ذلك بيع.

ولو قبض نصف المبيع دون النِّصف، فأشرك رجلاً ـ لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض؛ لأنَّ الإِشراك نوع بيع، والمبيع منقول، فلم يكن غير المقبُوض محلاًّ له شرعاً، فلم يصحَّ في غير المقبوض، وصَحَّ في قدْر المقبوض، وله الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه، ولا تجوز إجارته؛ لأَن الإِجارة تمليكُ المنفعة بعوضٍ، وملك المنفعة تابع لملك العَيْن، ولا يجُوز فيه تمليك العين، فلا يجوز تمليك المنفَعة؛ ولأنَّ الإجارة عقد يحتمل الفسخ، فيتمكّن فيه غرر

= فإذا لم يثبت ذلك شَرْعاً ولُغَةً وضَرُورة بمقتضى اللَّفظِ، فالمَصِيرُ إليه تَحَكُّمٌ.

وقال الكَمَالُ بن الهمام في «التحرير»:

«اختلف العُلَمَاءُ في النهي المُتَعَلِّقِ بالفعل على أَرْبَعَةِ مذاهب:

أولها ـ وهو للأكثر ـ: أن يكون لِعَيْنِ الفِعْلِ، إما لِذَاتِهِ، وإما لِجُزئِهِ، سواء أكان حِسِّياً أم شرعياً، وأنه يقتضي الفَسَادَ شَرْعاً، وهو البُطْلاَنُ، أي: عدم سببيته لحكمة المقصود.

وثانيها: أنه يقتضي البُطْلاَنَ لُغَةً.

وثالثها ـ وهو للبصري، والغزالي، والرَّازِيّ ـ: أنه يقتضي الفَسَادَ في العِبَادَاتِ فقط شرعاً دون المعاملات.

ورابعها ـ وهو للحنفية: التَّفْصِيلُ بين الفعل الحِسِّي، والفعلِ الشَّرْعِيِ، أما الحسي كالزنا، وشرب الخَمْرِ، فالنهي عنه يكون لِعَيْنِ الفِعْلِ، فيقتضي بطلانه، وكذا إن دَلَّ الدليلِ على أن الفعلَ الحِسِّيَّ نهى عنه لوَصْفِهِ اللازم، لا إن دَلَّ على أنه نهى عنه لِمُجَاوِرٍ منفك، كالنهي عن قُرْبَانِ الحائض؛ فإن الدليلَ دَلَّ على أنه منهي عنه لمُقَارَن منفك ـ وهو الأذى ـ فلا يكون بَاطِلاً، بل تَتَرَتَّبُ عليه أحكامه، كالإحصان والتحليل.

وأما الشرعي فهو بِعكْسِ الحِسِّيِّ؛ وذلك أن النهي عنه يكُونُ لغير الفعل من وَصْفٍ لازم، أو مقارن منفك، إلا إن دَلَّ دليلٌ على أنه لِعَيْنِهِ، فالنهي للوصف اللازم يفيد التحريم إن كان طَرِيقُهُ قطعياً؛ كصَوْمِ يوم العيد، وَبَيْعِ الربا، وكراهية التحريم إن كان طريقُ ثُبُوتِهِ ظَنِّياً، كالصَّلاةِ في أوقات الكَرَاهَةِ، والبيع مع الشرط المُنَافِي لَمقتضاه.

والنهي للمقارن المُنفَكّ يفيد كَرَاهَةَ التحريم، ولو كان طَرِيقُهُ قطعياً، كالبَيْعِ وَقْتَ النداء، وسواء أكان النَّهْيُ للوصف اللازِم، أم للمقارن المُنفَكّ لا يقتضي البطلان، بل الفعل الشرعي المَنْهِيّ عنه في الحالتين صَحِيحٌ تترتب عليه أَحْكَامُهُ، فإن دَلَّ دليل على أن النَّهْيَ عنه لِذَاتِهِ كان مقتضياً للْبُطْلانِ، كنكاح المَحَارِمِ دَلَّ الدليل على أنهن لَسْن محلاً له؛ لأنه يقتضي امتهانهن بالاسْتِفْرَاشِ وغيره، فيكون طريقاً لِقَطْعِ الرحم المَأْمُورِ بصلتها فيصير قَبِيحاً لِعَيْنِهِ؛ لأنه عَبَثٌ فيبطل.

ينظر المستصفى (١/٧٩، ٢/٢٨)، فتح القدير (٣/١٢).

(١) في أ: يقع.

٣/ ١٩٠أ الانفِساخ بهلاك المعقود عليه؛ ولأن ما روينا من النهي يتناول الإجارة؛ لأنها نوع بيعٍ وهو/ بيع المنفَعة.

ويجوز إعتاقه بعوضٍ وغير عوض؛ وكذا تدبيره واستيلاده؛ بأن كانت أَمَةً فأقرَّ أنها كانت ولدت له؛ لأن جوازَ هذه التصرُّفات يعتمد قيام ملك الرَّقبة، وقد وجد بخلاف البيع؛ فإنَّ صحته تفتقر إلى ملك الرَّقبة واليد جميعاً؛ لافتقاره إلى التَّسليم.

وكذا الإجارة بخلاف الإعتاق والتدبير؛ ولأن المانع هو القَبْض، وبهذه التصرُّفات يصير قابضاً؛ على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى؛ ولأنَّ الفساد لتمكُّن الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بِهلاك المعقود عليه؛ لما نذكره، وهذه التصرُّفات مما لا يحتمل الانْفِساخ، فلم يوجد، فلزم الجواز بدليله، وهل تجُوز كتابتُه؟ لا رواية فيه عن أصْحَابنا، فاحتمل أن يقال: لا يجُوز؛ قياساً على البيع؛ لأن كل واحدٍ منهما مما يحتمل الفَسْخ والإقالة، وجائز أن يقال: يجوز؛ فرقاً بينها وبين البيْع؛ لأنها أوسع إضراراً من البيع.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا كاتبه المشتري قبل القَبْض، فللبائع أن يبطله؛ فإن لم يبطله حتى نقد المشْتَري الثمن، جازت الكتابة ذكرها في «العيون»، ، ولو وهبه من البائع، فإن لم يقبله، لم تصحَّ الهبة، والبيع على حالِهِ؛ لأن الهبة لا تصحُّ بدون القبول؛ فإن قبله البائع، لم تجز الهبة؛ لأنها تمليكُ المبيع قبل القَبْض، وأنه لا يجُوز كالبيع، وانفسخ البيع بينهما، ويكون إقالةً للبيع، **فرق** بين الهبة من البَائع وبين البيع منه؛ حيث جعل الهبة منه إقالةً دون البيع منه.

ووجه الفرق: أن بين الهبة والإقالة مقاربة؛ فإنَّ كل واحدٍ منهما يستعمل في إلحاق ما سلف بالعَدَم، يقال: وهبت منك جريمتك؛ كما يقال: أقَلْتُ عَثْرَتك، أو جعلت ذلك كالعدم في حق المؤَخَذة به.

ألا ترى أنه يستعمل كل واحدٍ منهما مكان الآخَر، فأمْكَن جعل الهبة مجازاً عن الإقالة، عند تعذُّر العمل بالحقيقة، بخلاف البيع؛ فإنَّه لا مقاربة بينه وبين الإقالة، فتعذر جعله مجازاً عنها، فوقع لغواً؛ وكذلك لو تصدَّق به عليه، فهو على التَّفصيل الذي ذكرنا.

ولو وهب لغير البائع، أو تصدَّق به على غير البائع، وأمر بالقَبْض من البَائع، أو رهنه عند آخر، وأمره أن يقبض من البائع، فقبضه بأمره، أو أقرضه وأمره بالقبض ـ لم تجُز هذه العُقُود كلها عند أبي يوسف؛ وعند محمّد جَازت.

وجه قول محمد: أن صحَّة هذه العقود بالقَبْض، فإذا أمره بالقَبْض، فقد أنابه مناب نفسه في القَبْض، فصار بمنزلة الوكيل له، فإذا قبض بأمره يصير قابضاً عنه أوّلاً بطريق النيابة، ثم لنفسه؛ فيصح، ولأبي يوسف: أن جواز هذه العقود مبنيٌّ على الملك المطلق، وهو ملك

الرقبة واليد جميعاً؛ لأن به يقع الأمْنُ عن غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، وغررُ الانفساخ ههنا ثابت، فلم يكن الملك مطلقاً؛ فلم يجُز.

ولو أوصىٰ به لرجل قبل القبض، ثم مات ـ جازت الوصية؛ لأن الوصيَّة أخت الميراث؛ ولو مات قبل القبض، صار ذلك ميراثاً لورثته؛ كذا الوصية، ولو قال المشتري للبائع: بِعْهُ لي، لم يكن نقضاً بالإجماع؛ وإن باعه، لم يجز بيعه، ولو قال: بِعْهُ لِنَفْسك، كان نقضاً بالإجْمَاع،، ولو قال: بِعْهُ مطلقاً، كان نقضاً عند أبي حنيفة ومحمد؛ وعند أبي يوسف لا يكون نقضاً.

وجه قوله: أن إطلاق الأَمر بالبيع ينْصَرف إلى البيع للآمر لا المأمور؛ لأَن الملك له لا للمأمور، فصار كأنه قال له: بِعْهُ لي،، ولو نص عليه لا يكون نقضاً للبيع؛ لأنه أمره ببيع فاسدٍ؛ فكذا هذا.

ولهما: أن مطلق الأمر بالبيْع يحمل على بيع صحيح يصحُّ؛ ولو حملناه على البيع للآمر، لما صحَّ؛ لأنه يكون أمراً ببيع مَنْ لا يملكُ بنفسه، فلا يصحُّ، فيحمل على البيع لنَفْسه؛ كأنه نصَّ عليه فقال: بعه لنفسكَ، ولا يتحقَّق البيع لنفسه إلا بعد انفساخ البيع الأوَّل، فيتضمن الأَمر بالبيع لنفسه انفساخ البَيْع الأَول، فينفسخ مقتضى الأمر، كما في قول الرجل لغيره: أعْتِق عبدك عني على ألف درهم، ولو قال المشتري للبائع: أعتِقْه، فأعتقه البائع ـ فإعتاقه جائزٌ عن نفسه عند أبي حنيفة؛ وعند أبي يوسف: إعتاقه باطلٌ.

وجه قول أبي يوسف: أن مطلق الأَمر بالإعتاق ينْصَرف إلى الإعتاق عن الأَمر لا عن نفسه؛ لأَنَّ الملك للآمِرِ والإعتاق/ عنه بمنزلة القبض، والبائع لا يصْلُح نائباً عن المشْتري في القَبْض عنه، فلا يصْلُح نائباً عنه في الإعتاق. ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الأَمر بالإعتاق يحمل على وجه يصِحُّ، ولو حمل على الإعتاق عن الأمر، لم يصحَّ؛ لما ذكرتم، فيحمل على الإعتاق عن نَفْسِه، فإذا أعتق؛ يقع عنه.

٣/ ٩٠ب

وأما بيع مشتري العقار قبل القَبْض ـ فجائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وعند محمد وزفر والشَّافعي ـ رحمهم الله ـ: لا يجُوز قياساً.

واحتجُوا بعُموم النَّهي الذي روينا؛ ولأن القُدْرة على القَبْض عند العقد شرطُ صحَّة العقد؛ لما ذكرنا، ولا قدرة إلا بتسليم الثَّمن، وفيه غرر،، ولهما: عمومات البيَاعَات من الكتاب العزيز من غير تخصيص، ولا يجوز تخْصِيص عموم الكتاب بخبر الوَاحِد عندنا، أو نحمله على المنْقُول توفيقاً بين الدَّلائل؛ صيانة لها عن التَّناقض؛ ولأن الأصْلَ في ركن البيع ـ إذا صَدَر من الأهل في المحل ـ هو الصِّحَة، والامتناع لعارض الغرر؛ وهو غرر انفساخ العقد

بهلاك المعْقُود عليه، ولا يتوهّم هلاك العقار، فلا يتقرّر الغرر، فبقي بيعه على حكم الأصْل، وكما لا يجوز بيع المشْتَري المنقول قبل القَبْض ـ لا يجوز بيع الأجْرة المنقولة قبل القَبْض إذا كانت عيناً، وبدل الصّلح المنقول إذا كان عيناً.

والأصْلُ: أنَّ كُلَّ عِوَض ملك بعقد يَنْفَسِخُ فيه العَقْد بهلاكه قبل القَبْض لا يجوز التّصرف فيه؛ كالمبيع، والأجرة، وبدل الصلح إذا كان منقولاً معيناً، وكل عوض ملك بعقد، لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض ـ يجوز التصرُّف فيه؛ كالمهر، وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمد، وفقه[1] هذا الأصل ما ذكرنا؛ أن الأصل هو الصّحة في التّصرُّف الصّادر من الأهل، المضاف إلى المحلّ، والفساد بعارض غرر الانفساخ، ولا يتوهّم ذلك في هذه التصرُّفات، لأَنها لا تحتمل الفسخ، فكان القول بجواز هذه التصرُّفات عملاً بالأَصل، وأنه واجب؛ وكذلك الميراث يجوز التصرُّف فيه قبل القَبْض؛ لأن معنى الغرر لا يتقرَّر فيه؛ ولأن الوارث خلف الميت في ملك الموروُث، وخلف الشيء قائِمٌ مقامه؛ كأنه هو، فكأَن المورث قائم، ولو كان قائماً لجاز تصرُّفه فيه؛ كذا الوارث.

وكذلك الموصَى به؛ بأن أوصَى إِلى إِنسان بشيء، ثم مات الموصِي ـ فللمُوصَى له أن يتصرَّف قبل القبض؛ لأَن الوصية أخت الميراث، ويجوز التصرُّف في الميراث قبل القبض، فكذا في الموصى به، وهل يجُوز بيع المقْسُوم بعد القسمة قبل القبض؟ يُنْظر إِن كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشُّركاء، إذا طلبها واحدٌ منهم، جاز لواحد منهم أن يبيع نَصِيبه بعد القِسْمة قبل القَبْض، سواءٌ كان منقولاً أو غير منقولٍ؛ لأَن القسمة في مثله إفراز.

وإِن كان مما لا يجبر عليه الشُّركاء عند طلب واحدٍ منهم؛ كالأشياء المختلفة، والرقيق على قول أبي حنيفة ـ لا يجوز بيعه قبل القَبْضِ إِن كان منقولاً، وإِن كان عقاراً فعلى الاختلاف الذي ذكرنا؛ لأن قسمة هذه الأَشياء فيها معنى المبادلة، فتُشْبه البيع، والله عز اسمه أعلم.

وأما بيع الدَّين قبل القبض، فنقول ـ وبالله التوفيق ـ: الدُّيون أنواع: منها ما لا يجوز بيعه قبل القَبْض، ومنها ما يجوز؛ أما الذي لا يجوز بيعه قبل القَبْض: فنحو رأس مال السَّلم؛ لعموم النهي؛ ولأن قبضه في المجلس شَرْط، وبالبيع يفُوت القبض حقِيقة، وكذا المسلّم فيه، لأنه مبيع لم يقْبض؛ وكذا لو باع رأس مال السَّلم بعد الإقالة قبل القَبْض لا يجُوز استحساناً، والقياس أن يجُوز؛ وهو قول زفر.

وجه القِياس أن عقد السَّلم ارتفع الإقالة؛ لأنها فسخ، وفسخ العقد رفْعُه من الأصْل،

(١) في أ: ووجه.

وجعله كأنه لم يكن؛ وإذا ارتفع العقد مِنَ الأصل، عاد رأس المال إلى قديم ملك ربِّ المال[١]، فكان محلاً للاستبدال كما كان قبل السَّلم؛ ولهذا يجب قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة.

وجه الاستحسان: عموم النَّهي الذي روينا إلا من حيث خصَّ بدليل، وفي الباب نصّ خاص؛ وهو ما رَوَىٰ أَبُو سَعِيدٍ الخُدْرِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ أَنَّهُ قَالَ لِرَبِّ السَّلَم: «**لاَ تَأْخُذْ إلاَّ سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ**»[٢] وفي رواية: «**خُذْ سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ**» نهي النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ ربَّ السَّلم عن الأَخذ عاماً، واستثنى أخذ السَّلم أو رأس المال، فبقي أخذ ما وراءهما على أصل النَّهي.

وكذا إذا انفسخ السلم بعد صحَّته/ لمعنى عارض؛ نحو ذمِّي أسلم إلى ذمي عشرة دراهم في خمر ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل قَبْض الخمر، حتى بَطَل السلم، ووجب على المسلَّم إليه رد رأس المال ـ لا يجوز لربِّ السلم الاستبدال؛ استحساناً لما روينا. ٣/ ١٩١أ

ولو كان السَّلم فاسداً من الأَصل؛ ووجب على المسلَّم إليه رد رأس المال لفساد السلم ـ يجوز الاستبدال؛ لأنَّ السلم إذا كان فاسداً في الأَصل لا يكون له حُكْم السَّلم، فكان رأس مال السَّلم بمنزلة الدُّيون من القرض، وثمن المبيع، وضمان الغَصْب والاستهلاك.

وأما بدل الصَّرف، فلا يجوز بيعه قبل القَبْض في الابتداء، وهو حال بقاء العَقْد، ويجوز في الانتهاء وهو ما بعد الإِقالة، بخلاف رأس مال السَّلم؛ فإنه لا يجوز بَيْعه في الحالين.

---

(١) في أ: السلم.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٧٦٣) كتاب البيوع، باب: «السلف لا يحول»، حديث (٣٤٦٨) وابن ماجه (٢/ ٧٦٦) كتاب التجارات، باب: من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره، حديث (٢٢٨٣).
والدارقطني (٣/ ٤٥) كتاب البيوع، حديث (١٨٧) كلهم من طريق عطية بن سعد ـ هو العوفي ـ عن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه، أن رسول الله ـ ﷺ ـ قال: «من أسلم في شيء، فلا يصرفه في غيره».
وإسناده ضعيف من أجل عطية بن سعد العوفي فهو ضعيف.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٥١): رواه الترمذي في علله الكبير، وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن ورواه ابن ماجه أيضاً عن عطية عن النبي ـ ﷺ مرسلاً ولم يذكر فيه سعداً، وأخرجه الدارقطني في سننه عن إبراهيم بن سعيد الجوهري، وعلي بن الحسين الدرهمي قالا: أنا أبو بدر به باللفظ المذكور، ثم قال: اللفظ للدرهمي، وقال إبراهيم بن سعيد: فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله.
قال عبد الحق في أحكامه: وعطية العوفي لا يحتج به، وإن كان جلة قد رووا عنه.
وقال في التنقيح: وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره والترمذي يحسن حديثه.
وقال ابن عدي: هو مع ضعفه يكتب حديثه. اهـ من نصب الراية.

ووجه الفرق: أن القياس جواز الاستبدال بعد الإقالة في النَّاس جميعاً؛ لما ذكرنا أن الإقالة فسخ، وفسخ العقد رفعه من الأَصْل؛ كأن لم يكُن؛ ولو لم يكن العقد، لجاز الاستبدال، فكذا إذا رفع وألحق بالعدم، فكان ينبغي أن يجوز الاستبدال فيهما جميعاً إلا أن الحرمة في باب السَّلم ثبتت نصاً، بخلاف القياس، وهو ما روينا، والنصّ ورد في السّلم فبقي جواز الاستبدال بعد الإقالة في الصّرف على الأصل.

وكذا الثِّياب الموصوفة في الذِّمة المؤجلة لا يجوز بَيْعها قبل القبض؛ للنهي، سواء كان ثبوتها في الذِّمة بعقد السلم أو غيره؛ لأن الثياب كما تثبت في الذِّمة مؤجلة بطريق السَّلم، تثبت ديناً في الذّمة مؤجلة لا بطريق السَّلم؛ بأن باع عبداً بثوب موصوفٍ في الذِّمة مؤجل، فإنه يجوز بيعه، ولا يكون جَوَازه بطريق السَّلم؛ بدليل أن قبض العبد ليس بشَرْط، وقبض رأس مال السلم شرطُ جوازِ السُّلم.

وكذا إذا أجر داره بثوبٍ موصوفٍ في الذِّمة مؤجل ـ جازت الإجازة ولا يكون سلماً؛ وكذا لو ادَّعى عيناً في يد رجل، فصالحه من دعواه عى ثوبٍ موصوفٍ في الذمة مؤجّل ـ جاز الصُّلح، ولا يكون هذا سلماً؛ ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه، وإن لم يكن ثبوته بعقد السَّلم، فهذه جملة الدُّيون التي لا يجوز بيعها قبل القَبْض، وما سواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المغْصوب والمستهلك ونحوها، فيجوز بيعها ممَّن عليه قبل القَبْض.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: ثمن المبيع إذا كان عيناً، لا يجُوز بيعه قبل القَبْض قولاً واحداً، وإن كان ديناً، لا يجُوز في أحد قوليه أيضاً؛ بناءً على أن الثمن والمثمَّن عنده من الأسماء المترادفة يَقَعان على مسمًّى واحد، فكان كل واحدٍ منهما مبيعاً فكان بيع المبيع قبل القَبْض؛ وكذا النَّهي عن بيعِ ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن.

وأما على أصلنا، والثَّمن من الأَسماء المتباينَة في الأَصل يَقَعان على معنيين مُتَباينين، على ما نذكُره ـ إن شاء الله تعالى ـ في موْضعِه، ولا حجَّة له في عموم النَّهي؛ لأن بيع ثمن المَبِيع ممَّن عليه صار مخصوصاً بحديث عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ على ما نذكره.

وأما بيع هذه الديون مِنْ غيرِ مَنْ عليه، والشِّراء بها مِنْ غَيرِ مَنْ عليه ـ فينظر إن أضاف البيع والشِّراء إلى الدَّين، لم يجز؛ بأن يقول لغيره: بِعْت منك الدَّين الذي في ذِمة فلان بكذا، أو يقول: اشتريت منك هذا الشَّيء بالدَين الذي [لي][1] في ذمَّة فلان؛ لأَنَّ ما في ذمَّة فلان غير مقدُور التَّسليم في حقِّه، والقدرة على التَّسليم شرط انعقاد العَقْد على ما مر، بخلاف البيع

(١) سقط من ط.

والشِّراء بالدّين ممن عليه الدين؛ لأنَّ ما في ذمته مسلّم له، وإن لم يضف العقد إلى الدَّين الذي عليه، جاز.

ولو اشترى شيئاً بثمن دين ولم يضف العقْد إلى الدّين حتى جاز، ثم أحال البائع على غريمِهِ بدينْه الذي له عليه ـ جازت الحوالة، سواءٌ كان الدَّين الذي أحيل به ديناً، يجوز بيعه قبل القَبْض أو لا يجُوز؛ كالسلم ونحوه.

وذكر الطَّحاوي ـ رحمه الله ـ: أنه لا تجُوز الحوالة بدينٍ لا يجوز بيعه قبل القبض، وهذا غير سديد؛ لأنَّ هذا توكيلٌ بقبض الدَّين؛ فإن المحال له يصير بمنْزِلة الوكيل للمحِيل بقبض دينه من المحْتَال له، والتَّوكيل بقبض الدَّين جائز، أيّ دين كان، ويكون قبض وكيله كقَبْض موكله.

ولو باع هذا الدَّين ممَّن عليه الدين، جاز؛ بأن اشترى منه شيئاً بعينه بدينه الذي له في ذمَّته؛ لأنه باع ما هو مقدور التَّسليم عند الشِّراء؛ لأن ذمته في يده، بخلاف الأول؛ وكذا إذا صالح معه من دينه على شيء بعينه، جاز الصُّلح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن يكون البَدَل منْطُوقاً به في أحد نوعي المبَادَلة، وهي المبادلة القولية، فإن كان مسكُوتاً عنه، فالبيع فساد؛ بأن قال: بعْت/ منك هذا العَبْد، وسكت عن ذكر الثمن، فقال المشتري: اشتريت؛ لما ذكرنا أن البيع في اللُّغة: مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وفي الشرع: مبادلة المَالِ بالمَالِ، فإذا لم يكن البدل منطوقاً به، ولا بيع بدون البَدَل؛ إذ هو مبادلة كان بدله قيمته، فكان هذا بيع العبد بقِيمَته، وأنه فاسد؛ وهكذا السَّبيلُ في البياعات الفاسدة، أنها تكون بيعاً بقيمة المبيع، على ما نذكر في موضِعِه. ٣/ ٩١ب

هذا إذا سكت عن ذكر الثَّمن، فأما إذا نفاه صريحاً؛ بأن قال: بعْتُك هذا العبد بغير ثمنٍ أو بلا ثَمَن، فقال المشْتَري: اشتريت، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا والسُّكوت عن الثَّمن سواء، والبيع فاسد، وقال بعضهم: البيع باطلٌ.

وجه قول الأوَّلين: أن قوله: «بلا ثمن» باطل؛ لأَن البيع عقد مبادلة، فكان ذكره ذكراً للبدل، فإذا قال: بغير ثمن، فقد نفى ما أثبته، فبطل قوله: «بلا ثمن» وبقي قوله: «بعت مسكوتاً عن ذكر الثَّمن» فكأنه باع وسكت عن ذكر الثَّمن.

وجه قول الآخرين: أن عند السُّكوت عن ذكر الثَّمن يصير البدل مذكوراً بطريق الدَّلالة، فإذا نص على نفي الثَّمن، بطلت الدّلالة، فلم يكن هذا بيعاً أصلاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الخلو عن الرِّبا[١]، وإن شئت قلت: ومنها المماثلة بين البَدَلين في أموال الرِّبا، حتى لو انتفت فالبيع فاسد، لأنَّه بيع ربا، والبيع الذي فيه ربا فاسدٌ؛ لأن الربا حرامٌ بنصِّ الكتاب الكريم[٢]؛ قال الله عز وجل: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبا﴾ [سورة البقرة، ٢٧٥] والكلام في مسائل الرِّبا في الأصل في ثلاثة مواضع:

---

(١) قال صاحب. «المصبَاح»: آلربا، الفَضْلُ والزيادة، وهو مقصور عن الأَشْهَر، ويثنَّى فيقال: رَبوان بالواو على الأصل، وقد يقال: رَبَيَان على التخفيف، وينسب إليه على لفظه، فيقال: رَبوِيٌّ. قال: أبو عبيد وغيره.
وزاد المطرزي فقال: الفتح في النسبة خطأ.
ورَبَا الشيء يَرْبُو إذا زاد ونما، وأربى الرَّجُلُ بالألف دخل في الرِّبَا، وأربى على الخمسين زاد عليها».
وفي «اللسان»: ربا الشيء يَرْبُو رُبُوًّا ورِبَاءً: زاد ونما، وأربيته: نميته.
وفي التنزيل العزيز: ﴿ويزي الصدقات﴾ ومنه أخذ الربا الحرام. وأَرْبَىٰ الرَّجُل في الربا: يربي، وقد تكرر ذكره في الحديث. والأصل فيه الزيادة من ربا المال إذا زاد وارتفع، والاسم: الربا مقصور، وأربى الرجل على الخمسين ونحوها زاد. وفي حديث الأنصار يوم «أحد»: لَئِنْ أصبنا مِنْهُمْ يَوْماً مِثْلَ هَذَا لَنربِيَنَّ عَلَيْهِمْ. أي: لنزيدنَّ ولنضاعفنَّ. وفي حديث الصدقة «وتَرْبُو فِي كَفِّ الرَّحْمَنِ، حَتَّى تَكُونَ أَعْظَمَ مِنَ الجبل» ورَبَا السَّوِيقَ ونحوه رَبْوًا: صَبَّ عليه الماء فانتفخ، وقوله عز وجل في صفة الأرض: ﴿اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾: قيل: معناه عظمت وانتفخت.
وقرىء: «وربأت»؛ فمن قرأ: «وربت» فهو ربا يربو إذا زاد على أيِّ الجهات زاد.
ومن قرأ: «وربأت» بالهمز فمعناه: ارتفعت، وسابَّ فلان فلاناً، فأربا عليه في السِّباب إذا زاد عليه.
وقوله عز وجل ﴿فَأَخَذَهُمْ أَخْذَةً رَابِيَةً﴾ أي: أخذة تزيد.
انظر: الصحاح ٦/ ٢٣٥٠ والمغرب ١٨٢، المصباح المنير ١/ ٣٣٣ والمطلع: (٢٣٩).
واصطلاحاً:
عرفه الحنفيةُ بأنه: فَضْلُ مَالٍ خالٍ عن عِوَضٍ، شرط لأحد العاقدين في معاوضة مَالٍ بمال.
وعرفه الشَّافعيةُ بأنه: عَقْدٌ على عِوَضٍ مخصوص، غير معلوم التماثُل في معيار حالة العقد، أي: مع تأخير في البَدَلَيْن أو أحدهما.
وعرفه المالكيةُ بأنه: عقد معاوضة على نقد أو طعام مخصوص بجنسه، مع التفاضل، أو مع التأخير.
وعرفه الحنابلة بأنه: الزِّيَادَةُ في أشياء مخْصُوصة.
وقد قَسَّمَ الفقهاء الرِّبَا إلى قسمين، وزاد الشافعية قسماً ثالثاً:
١ ـ رِبَا الفَضْل: وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر.
٢ ـ ربا النَّسَاء: وهو البيع لأجل، أو تأخير أحد العوضين عن الآخر.
٣ ـ ربا اليد: وهو البيع مع تأخير قبضهما، أو قبض أحدهما.
انظر: شرح فتح القدير ٧/ ٣، تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق ١٤/ تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/ ٣١، مغني المحتاج ٢/ ٢١، فتح الوهاب، بشرح منهج الطلاب ١/ ١٦١، المغني ٤/ ١٢٢. مجمع الأنهر ٢/ ٨٣، كشاف القناع ٣/ ٢٥١.

(٢) الربا حرام كله قليلة وكثيره، وهو من الكبائر بل من أكبرها حتى قيل: إنه لم يحل في شريعة قط، وربما =

....

= استؤنس لهذا بقول الله تعالى: في حق اليهود ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ الله كَثِيراً وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾.

الدليل عليه: والدليل على ذلك الكتاب، والسنة، والإجماع، أما الكِتَاب فقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّما البَيْعُ مِثْلُ الرِّبا وأَحَلَّ الله البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِنْ رَبِهِ فَانْتَهَى فَلَه مَا سَلَفَ وأَمْرُهُ إلى الله وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ يَمْحَقُ الله الرِّبا ويُربي الصَّدَقَاتِ وَالله لاَ يُحِبُ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيم إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلاَةَ وآتُوا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلاَ خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلاَ هم يَحْزَنُونَ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا الله وذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ فإن لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ الله وَرَسُولِهِ وإِن تُبْتُمْ فَلَكُم رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لا تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ﴾. وإليك تفسيرها بإيجاز مع بيان وجه الدلالة.

معنى قوله تعالى: ﴿يَأْكُلُونَ الرِّبَا﴾ أي: يتعاملون به، فالمراد بالأكل الأخذ، وإنما عبر به، لأن الأكل أظهر مقاصده؛ فيكون المعنى: الذين يُربون، «والتخبط» الضرب على غير استواء، «والمس» الجنون، «والمحق» الاستئصال والهلاك، وقيل المراد به ذهاب البركة، ووجه الدلالة واضح مما يأتي.

أولاً ـ صريح قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾؛ فَإِنَّهُ إخبار منه تعالى بأن الربا محرم عنده، فإذا كان هذا الخبر مراداً به النهي عنه. كان أبلغ في الدلالة على التحريم من صريح النهي.

ثانياً ـ ما اقترن به هذا من الوعيد الشديد، فقد ذكرت الآيات عقوبات خمساً لآكل الربا هي:

١ ـ التخبط عند قيامهم في الدنيا، أو في الآخرة، كالذي يتخبطه الشيطان من المس، أما في الدنيا فيظهر ذلك في سيرهم المختل، فيسلكون سبيل المجانين بسبب ما عندهم من الشره بجمع المال؛ فلا يكاد يشك من يراهم في أنّ عندهم خبلاً؛ فبهذا قال بعض المفسرين: وأما في الآخرة فقد قيل: تنتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه وكلما رام النهوض سقط، فيكون بمنزلة الذي أصابه مس من الشيطان، فيصير كالمصروع.

٢ ـ الخلود في النار، وذلك لا يكون إلا عن كبيرة من الكبائر تقرب من الكفر حتى كأنها الكفر بذاته، وفي ذلك من التهويل ما لا يخفى.

٣ ـ المحق قال الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ الله الرِّبَا﴾ والمراد به الهلاك، والاستئصال، أو ذهاب البركة، والاستمتاع، كما تقدم حتى لا ينتفع به هو وولده من بعده، بحيث لو فرض أنه أنفقه في أوجه الخير، كان مردوداً عليه، فلا يعود عليه بثواب، ولا لذة، وعلى الجملة، فالربا وإن كثر فإلى قُلّ يصير.

٤ ـ الكفر. يشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿إن كُنْتُمْ مُؤْمِنِيْنَ﴾. وقوله: ﴿والله لاَ يُحِبُ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيْم﴾؛ فَإن فيهما إشارة إلى أن المصر عليه عرضة؛ لأنه يطبع على قلبه حتى يسلب الإيمان رأس النعم، ومصدر الخير.

٥ ـ الحرب. قال تعالى: ﴿فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ الله وَرَسُولِهِ﴾، وفي هذا إعلام بأن جريمة الربا من أعظم الجرائم التي تستوجب محاربة الله ورسوله.

فعن ابن عباس: «يُقَالُ يَوْمَ القِيَامَةِ لِلمُرَابِي خُذْ سِلاَحَكَ لِلحَرْبِ» ويروى أَنَّ ثَقَيفاً حِيْنَ نَزَلَتْ هَذِه الآيَات قالوا لا قبل لنا بحرب الله ـ عز وجل ـ وتركوا الربا؛ هذا فضلاً عما أشار إليه قوله تعالى: ﴿لا تظلمون ولا تظلمون﴾ من تسجيل الظلم على من تقاضى أكثر مما أعطى، وأما السنة فما روي عن البخاري، =

....

= ومسلم. أن رسول الله ﷺ - قال: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ المُوبِقَاتِ. قِيلَ: يَا رَسُولَ الله وَمَا هِيَ؟ قال: الشِّرْكُ بالله، والسِّحرُ، وقتْلُ النَّفسِ الَّتِي حَرَّمَ الله إلاَّ بالحَقِّ، وأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ اليَتِيم، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ المُحَصَنَاتِ المُؤْمِنَاتِ الغَافِلاَتِ» وما رويا أيضاً عن النبي - ﷺ - أنه ليس آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه، فعده من الموبقات المحبطات للعمل التي أمر باجتنابها يجعله من الكبائر، كما أنه لعن فاعله، والمعاون عليه بكتابة، أو شهادة فيه، من تفظيع جريمته ما هو كفيل بعده قربانه.

وأما الإجماع؛ فقد أجمعت الأمة سلفاً وخلفاً على أن الربا محرم، ولم يوجد مخالف لهذا الإجماع.

ويرى بعض الفقهاء؛ أن تحريم الربا من الأمور التعبدية أي: تعبدنا الشارع به، ولم تظهر لنا حكمته، وإن كان في الواقع لا يخلو عن حكمة غير أننا لم نطلع عليها، وما علينا إلا أن نمتثل أمر الشارع ونهيه.

ولكن من ينظر في الشريعة الإسلامية نظرة فحص وتأمل، يرى من الواضح؛ أنها قد امتازت بمميزات خلقية وعمرانية، تجلت في التشريعات المختلفة، من ذلك؛ ما هو ملموس في تحريمها الخمر والميسر حفظاً للعقول، وصيانة للأموال، وضناً بالإنسان عن العبث الذي لا يناسب العقلاء، وكذلك؛ ما يشاهد في إباحة السلم من حكمة رائعة، إذ يعود على المعوزين بتفريج كربتهم مع صون حق رب المال في الاسترباح المشروع؛ وعلى هذا النمط جاء تحريمها الربا على الآخذ، والمعطي رفعاً لما يجره التعامل به من الشحناء، والبغضاء، واستئصال المعروف، والتعاون من النفوس، وحلول الأنانية، والشرهُ مكانهما، إذ من لا يعطي إلا بالزيادة يقتطع نفسه من المجتمع الإنساني اقتطاعاً؛ ويسلب إنسانيته، ويلحق بالحيوانات الضارية التي، لا تحب أن يشاركها في فريستها حيوان آخر.

هذا فضلاً عما يسببه الربا من العطلة، وعدم الميل للعمل، والانصراف عن الزراعة، والصناعة، والركون إلى استقلال إخوانه المسلمين، وغبنهم غبناً قهرياً لا مبرر له.

ويحسن هنا أن نسوق عبارة الدهلوي في كتابه «حجة الله البالغة» حيث يقول: «وسر التحريم أن الله تعالى يكره الرفاهية البالغة كالحرير، والارتفاقات المحوجة إلى الإمعان في طلب الدنيا كآنية الذهب، والفضة، وحلي غير مقطع من الذهب كالسوار، والخلخال، والطوق، والتدقيق في المعيشة، والتعمق فيها؛ لأن ذلك مرد لهم في أسفل السافلين، وصارف لأفكارهم إلى ألوان مظلمة، وحقيقة الرفاهية طلب الجيد من كل ارتفاق، والإعراض عن رؤيته.

كما نذكر عبارة الفخر الرازي حيث يقول: قد ذكروا في سبب تحريم الربا وجوهاً:

الوجه الأول - أن الربا يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض؛ لأن من يبيع الدرهم بالدرهمين نقداً أو نسيئة يحصل له زيادة درهم من غير عوض، ومال الإنسان من متعلق حاجته وله حرمة عظيمة قال - ﷺ -: «حُرْمَةُ مَالِ المسلم كَحرْمَةِ دَمِهِ»؛ فوجب أن يكون أخذ ماله من غير عوض محرما.

فإن قيل: لم لا يجوز، أن يكون بقاء رأس المال في يده مدة مديدة عوضاً عن الدرهم الزائد، وذلك لأن رأس المال لو بقي في يده هذه المدة؛ لكان يمكن المالك أن يتجر فيه، ويستفيد بسبب تلك التجارة ربحاً، فلما تركه في يد الدين، وانتفع المدين به، لم يبعد أن يدفع إلى رب المال ذلك الدرهم الزائد عوضاً عن انتفاعه بماله.

قلنا: إن هذا الانتفاع الذي ذكرتم أمر موهوم قد يحصل، وقد لا يحصل، وأخذ الدرهم الزائد أمر متيقن فتفويت المتيقن لأجل الأمر الموهوم لا ينفك عن نوع ضرر. =

....

= الوجه الثاني ـ ما قاله بعضهم: من أن الله تعالى حرم الربا من حيث إنه يمنع الناس عن الاشتغال بالمكاسب، وذلك لأن صاحب الدرهم، إذا تمكن بوساطة عقد الربا من تحصيل درهم زائد نقداً كان أو نسيئة خف عليه اكتساب وجه المعيشة، فلا يكاد يتحمل مشقة الكسب، والتجارة، والصناعات الشاقة، وذلك يفضي إلى انقطاع منافع الخلق، ومن المعلوم أن مصالح العالم لا تنتظم إلا بالتجارات، والحرف، والصناعات، والعمارات.

الوجه الثالث ـ ما قيل إن السبب في تحريم عقد الربا، أنه يفضي إلى انقطاع المعروف بين الناس من القرض؛ لأن الربا إذا حرم طابت النفوس بقرض الدرهم، واسترجاع مثله، ولو حل الربا لكانت حاجة المحتاج تحمله على أخذ الدرهم بدرهمين؛ فيفضي ذلك إلى انقطاع المواساة، والمعروف، والإحسان.

الوجه الرابع ـ أن الغالب أن يكون المقرض غنياً والمستقرض فقيراً؛ فالقول بتجويز عقد الربا تمكين للغني من أن يأخذ من الفقير الضعيف مالاً زائداً، وذلك غير جائز برحمة الرحيم.

ومما يبين حكمة تحريم الربا لمضارّة بالمجتمع الإنساني، وآثاره السيئة في العمران، ما نقله صاحب المنار في تفسيره عن الشيخ محمد عبده. حيث قال:

قال الأستاذ الإمام في الدرس ما مثاله: يقول كثير من الناس الذين تعلموا وتربوا تربية عصرية، وأخذوا الشهادات من المدارس، بل ومنهم أكبر من هؤلاء «إن المسلمين منوا بالفقر، وذهبت أموالهم إلى أيدي الأجانب؛ وفقدوا الثروة، والقوة بسبب تحريم الربا؛ فإنهم لاحتياجهم للأموال يأخذونها بالربا من الأجانب، ومن كان غنياً منهم لا يعطي بالربا، فمال الفقير يذهب ومال الغني لا ينمو، ويجعلون هذه المسألة أهم المسائل الاجتماعية، والعمرانية عند المسلمين، يعنون أنه ما جنى على المسلمين إلا دينهم «قال: وهذه أوهام لم تقل عن اختيار، فإن المسلمين في هذه الأيام، لا يحكمون الدين في شيء من أعمالهم، ومكاسبهم، ولو حكموه في هذه المسألة لما استدانوا بالربا، وجعلوا أموالهم غنائم لغيرهم؛ فإن سلمنا أنهم تركوا أكل الربا لأجل الدين، فهل يقول المشتبهون: إنهم تركوا الصناعة، والتجارة، والزراعة لأجل الدين؟ ألم تسبقنا جميع الأمم إلى إتقان ذلك؟ فلماذا لم نتقن سائر أعمال الكسب لنعوض منها على أنفسنا ما فاتنا من كسب الربا المحرم علينا؟ وديننا يدعونا إلى أن نسبق الأمم في إتقان كل شيء، الحق أن المسلمين في الأغلب، قد نبذوا الدين ظهرياً، فلم يبق عندهم منه إلا تقاليد، وعادات، أخذوها بالوراثة عن آبائهم، ومعاشريهم؛ فمن يدعي أن الدين عائق لهم عن الترقي؛ فقد عكس القضية، وأضاف إلى جهالاتهم شراً منها؛ وإنما يجيء هذا من عدم البصيرة والتأمل في حال الأمة من بدايتها إلى ما انتهت إليه، ولو عرفت الأمة نفسها لعرفت ماضيها كما تعرف حاضرها، ولكن جهلها بنفسها، وعدم قراءة ماضيها هو الذي أوقعها فيما هي فيه من البلاء العظيم؛ فهي لا تدري من أين أخذت، ولا كيف سقطت بعد ما ارتفعت.

أقول: يعني أنها ارتفعت بالدين، وسقطت بتركه مع الجهل بالسبب، وأفضى بها الجهل إلى أن صارت تجعله علة الرقي والارتفاع، هي عين العلة، والسقوط، والانحطاط، ومن ذلك استدانةَ أفرادنا، وحكوماتنا من الأجانب بالربا؛ فإنها أضاعت قوتنا وملكنا، وكان الدين لو اتبعناه عاصماً منها، فنحن ننسى مثل هذه الفائدة الكبرى للدين في الموضوع نفسه، ونذكر من سيئات الدين أنه حرم الربا، ولو لم يحرمه لجاز أن يكسب بعض أغنيائنا أكثر مما يكسبون الآن، وقد أشار الأستاذ إلى هذا المعنى فقال: «إن أثر الربا فينا لا يمكننا أن نزيله بمئات من السنين، ولو أننا حافظنا على أمر الدين فيه لكنا بقينا لأنفسنا، =

....

= فتأمل قوله: بقينا لأنفسنا.
وقال في تفسير: «ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إنما البَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا الخ». ما مثاله: مسألة الربا مسألة كبيرة، اتفقت فيها الأديان، ولكن اختلفت فيها الأمم. فاليهود: كانوا يرابون مع غيرهم، والنصارى يرابي بعضهم بعضاً، ويرابون سائر الناس. وقد كان المسلمون حفظوا أنفسهم من هذه الرذيلة زمناً طويلة ثم قلدوا غيرهم، ومنذ نصف قرن فشت المرابات بينهم في أكثر الأقطار، وكانوا قبل ذلك يأكلون الربا بالحيلة التي يسمونها شرعية، وقد أباحها بعض الفقهاء في استثمار مال اليتيم، وطالب العلم المنقطع، ومنها مسألة السبحة المشهورة؛ وهي أن يتفق الدائن مع المدين على أن يعطيه مائة إلى سنة بمائة وعشر مثلاً فيعطيه المائة نقداً، ويبيعه سبحة بعشرة في الذمة، فيشتريها ثم يهديها إليه. على أن الذين يأكلون الربا من المسلمين لا يزالون قليلين جداً، ولكن الذين يوكلونه غيرهم كثيرون جداً، حتى لا تكاد تجد مُتَمَوّلاً في هذه البلاد سالماً من الاستدانة بالربا إلا قليلاً، والسبب في ذلك تقليد حكامهم في هذه السنة، بل كثيراً ما كان حكام هذه البلاد، يلزمون الرعية بها إلزاماً؛ لأداء ما يفرضونه عليهم من الضرائب، والمصادرات، ومن هنا نرى أن الأديان لم يمكنها أن تقوم ميل جماهير الناس إلى أكل الربا، حتى كأنه ضرورة يضطرون إليها، ومن حجتهم عليها أن البيع مثل الربا، فكما يجوز أن يبيع الإنسان السلعة التي من ثمنها عشرة دراهم بعشرين درهماً بسيئة، يجوز له أن يعطي المحتاج العشرة دراهم على أن يرد إليه بعد سنة عشرين درهماً؛ لأن السبب في كل من الزيادتين الأجل؛ هكذا يحتج الناس في أنفسهم كما يحتج الحكومات، بأنها لو لم تأخذ المال بالربا لاضطرت إلى تعطيل مصالحها، أو خراب أرضها.
والله تعالى قد أجاب عن دعوى مماثلة البيع بالربا، بجواب ليس على طريقة أجوبة الخطباء المؤثرين، ولا على طريقة أقيسة الفلاسفة والمنطقيين؛ ولكنه على سنة هداية الدين، وهو أن الله أحل البيع وحرم الربا، وقد جعل أكثر المفسرين هذا الجواب من قبيل إبطال القياس بالنص أي: أنكم تقيسون في الدين، والله تعالى لا يجيز هذا القياس، ولكن المعهود في القرآن مقارعة الحجة بالحجة، وقد كان الناس في زمن التنزيل يفهمون معنى الحجة في رد القرآن بذلك القول، إذ لم يكن عندهم من الاسطلاحات الفقهية المسلمة، ما هي أصل عندهم في المسائل لا يفهمون الآيات إلا به؛ ولا ينظرون إليها إلا لتحويلها إليه وتطبيقها على آرائهم، ومذاهبهم فيه.
والمعنى الصحيح: أن زعمهم مساوات الربا للبيع في مصلحة التعامل بين الناس، إنما يصح إذا أبيح للناس أن يكونوا في تعاملهم، كالذئاب كل واحد ينتظر الفرصة التي تمكنه من افتراس الآخر، وأكله؛ ولكن هاهنا إله رحيم يضع لعباده من الأحكام ما يربيهم على التراحم، والعطف؛ وأن يكون كل منهم عوناً للآخر لا سيما عند شدة الحاجة إليه. ولذلك حرم عليهم الربا الذي هو استغلال ضرورة إخوانهم، وأحل البيع الذي لا يختص الربح فيه بأكل الغني الواجد مال الفقير الفاقد؛ فهذا وجه للتباين بين الربا والبيع يقتضي فساد القياس.
وهناك وجه آخر: وهو أن الله تعالى جعل طريق تعامل الناس في معايشهم أن يكون استفادة كل واحد من الآخر بعمل، ولم يجعل لأحد منهم حقاً على الآخر بغير عمل؛ لأنه باطل لا مقابل له، وبهذه السنة أحل البيع؛ لأن فيه عوضاً يقابل عوضاً، وحرم الربا؛ لأنه زيادة لا مقابل لها، والمعنى أن قياسكم فاسد؛ لأن في البيع من الفائدة ما يقتضي حله، وفي الربا في المفسدة ما يقضي تحريمه. ذلك أن البيع يلاحظه فيه دائماً انتفاع المشتري بالسلعة انتفاعاً حقيقياً، لأن من يشتري قمحاً مثلاً؛ فإنما يشتريه ليأكله، أو ليبذره، =

....

= أو ليبيعه، وهو في كل ذلك ينتفع به انتفاعاً حقيقياً «وأقول: والثمن في هذا مقابل للمبيع مقابلة مرضية للبائع، والمشتري باختيارهما؛ وأما الربا، وهو عبارة عن إعطاء الدراهم، والمثليات، وأخذها مضاعفة في وقت آخر، فما يؤخذ منه زيادة عن رأس المال لا مقابل له من عين، ولا عمل»، «وأقول: وهي لا تعطي بالرضا، والاختيار، بل بالكره، والاضطرار».

وثم وجه ثالث ـ لتحريم الربا من دون البيع؛ وهو أن النقدين إنما وضعنا؛ ليكونا ميزاناً لتقدير قيم الأشياء التي ينتفع بها الناس في معايشهم، فإذا تحول هذا وصار النقد مقصوداً بالاستغلال؛ فإن هذا يؤدي إلى انتزاع الثروة من أيدي أكثر الناس، وحصرها في أيدي الذين يجعلون أعمالهم قاصرة على استقلال المال بالمال؛ فينمو المال ويربو عندهم، ويخزن في الصناديق والبيوع المالية المعروفة «بالبنوك» ويبخس العاملون في أعمالهم، لأن الربح يكون معظمه من المال نفسه وبذلك يهلك الفقراء.

ولو وقفت الناس في استغلال المال عند حد الضرورة؛ لما كان فيه مثل هذه المضرات، ولكن أهواء الناس ليس لها حد تقف عنده بنفسها، أي: فلا بد لها من الوازع الذي يوقفها بالإقناع، أو الإلزام؛ لذلك حرم الله الربا؛ وهو لا يشرع للناس الأحكام بحسب أهوائهم، وشهواتهم كأصحاب القوانين؛ ولكن بحسب المصلحة الحقيقية العامة الشاملة.

وأما واضعوا القوانين، فإنهم يضعون للناس الأحكام، بحسب حالتهم الحاضرة، التي يرونها موافقة لما يسمونه الرأي العام من غير نظر وفي عواقبها، ولا في أثرها في تربية الفضائل، والبعد عن الرذائل، وإننا نرى البلاد التي أحلت قوانينها الربا قد عفت فيها رسوم الدين، وقلّ فيها التعاطف، والتراحم، وحلت القسوة محل الرحمة، حتى إن الفقير فيها ليموت جوعاً، ولا يجد من يجود عليه بما يسد رقعه، فمنيت من جراء ذلك بمصائب أعظمها ما يسمونه المسألة الاجتماعية وهي مسألة تألب الفعلة، والعمال على أصحاب الأموال واغتصابهم المرة بعد المرة؛ لترك العمل وتعطيل المعامل والمصانع؛ لأن أصحابها لا يقدرون عملهم قدرة، بل يعطونهم أقل مما يستحقون، وهم يتوقعون من عاقبة ذلك انقلاباً كبيراً في العالم؛ ولذلك قام كثير من فلاسفتهم، وعلمائهم يكتبون الرسائل، والأسفار في تلافي شر هذه المسألة، وقد صرح كثير منهم بأنه لا علاج لهذا الداء إلا رجوع الناس إلى ما دعاهم إليه الدين.

وقد ألّف تولستوي الفيلسوف الروسي كتاباً سماه «ما العمل»، وفيه أمور يضطرب لفظاعتها القارىء، وقد قال في آخره: «إن أوروبا نجحت في تحرير الناس من الرق؛ ولكنها غفلت عن رفع نير الدينار «الجنيه» عن أعناق الناس الذين ربما استعبدهم المال يوماً ما». قال ـ رحمه الله ـ تعالى: «وهذه بلادنا قد ضعف التعاطف والتراحم فيها، وقل الإسعاد والتعاون منذ فشا فيها الربا، وإنني لأعي وأدرك ما مر بي منذ أربعين سنة، كنت أرى الرجل يطلب من الآخر قرضاً، فيأخذه صاحب المال إلى بيته، ويوصد الباب عليه معه، ويعطيه ما طلب بعد أن يستوثقه منه باليمين، أنه لا يحدث الناس بأنه اقترض منه، لأنه يستحي أن يكون في نظرهم متفضلاً عليه «قال» رأيت هذا من كثيرين في بلاد متعددة، ورأيت من وفاء من يقترض، أنه يغني المقرض عن المطالبة بالمحاكمة، ثم بعد خمس وعشرين سنة رأيت بعض هؤلاء المحسنين لا يعطي ولده قرضاً طلبه إلا بسند وشهود؛ فسألته أما أنت الذي كنت تعطي الغرباء ما يطلبون، والباب مقفل، وتقسم عليهم، أو تحلفهم ألا يذكروا ذلك. قال: نعم. قلت: فما بالك تستوثق من ولدك ولا تأمنه على مالك إلا بسند وشهود، وما علمت عليه من سوء؟ قال: لا أعرف سبب ذلك إلا أنني لا أجد=

أحدها: في بيان الرِّبا في عرف الشَّرع أنه ما هو؟

والثاني: في بيان علَّته أنها ما هي؟

والثالث: في بيان شرط جريان الرِّبا.

أمَّا الأَوَّلُ: فالربا في عرف الشَّرع نوعان: ربا الفَضْل، وربا النَّسَاء[1].

= الثقة التي كنت أعرفها في نفسي، قلت: وأخبرني أن هذا الذي سأله عن ذلك هو والده ـ رحمهما الله ـ تعالى اهـ».
ينظر الربا لشيخنا سليمان محمد.

(١) لا خلاف بين العلماء في أن الربا يكون في البيع، أو السلم، أو القرض. غير أن جمهور الصحابة والتابعين، وفقهاء الأمصار يرون أن الربا نوعان: أحدهما: ربا النسيئة، كبيع ذهب بفضة إلى أجل، أو بيع أردب قمح بمثله إلى أجل كذلك.
وثانيهما: ربا الفضل، وهو ما يسمى ربا النقد كبيع أردب من البر بإردب ونصف منه يداً بيد، وخالف في ذلك ابن عبدوس، وأسامة بن زيد من الصحابة، وكذلك ابن عمر؛ حيث قالوا: إنه لا ربا إلا في النسيئة، فيحل عندهم أخذ درهم بدرهمين، إذا كان يداً بيد، وليس التفاضل عندهم بمحرم حينئذ.
هكذا كانوا يقولون: ثم صح عنهم أنهم رجعوا عن ذلك إلى قول الجمهور.
استدل الجمهور بالكتاب والسنة، **أما الكتاب**: فقوله تعالى: ﴿وحَرَّمَ الرِّبَا﴾، ووجه الدلالة فيه: أن لفظ الربا عام، يتناول جميع أفراد ما يصدق عليه اسم الربا فيكون الكل محرماً. **وأما السنة**: فما ثبت في الصحاح من كتب السنة عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا، والفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا. والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا ـ والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا ـ والشعير بالشعير مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا. والتمر بالتمر مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا» وهذا حديث مشهور، تلقاه العلماء بالقبول والعمل به ومثله حجة في الأحكام، ومداره على أربعة من الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ وهم: عمر بن الخطاب، وعبادة بن الصامت، ومعاوية بن أبي سفيان، وأبو سعيد الخدري مع اختلاف ألفاظهم.
ووجه الدلالة فيه: أن قوله ـ ﷺ ـ «مثلاً بمثل» يدل بمفهومه على أن الزيادة لا تحل، سواء أكانت حالة أو مؤجلة، ثم تأكد هذا المعنى بتصريحه ـ عليه الصلاة والسلام ـ بقوله: «والفضل ربا»، فصار ربا الفضل مندرجاً تحت أنواع الربا. وقد حرم الله الربا في كتابه، فكان هذا حراماً، ومثل ذلك ما جاء في بعض الروايات من قوله ـ ﷺ ـ: «فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى». وهذا نص في الموضوع.
دليل المروي عن ابن عباس، ومن معه.
استدل لهم الفخر الرازي بما يأتي: ـ
أولاً ـ بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ الله الْبَيْعَ﴾ ووجه الدلالة فيه: أن لفظ البيع عام، يتناول بيع الدرهم بالدرهمين، والربا خاص بربا النسيئة، الذي كان مشهوراً في الجاهلية، والحديث عنده خبر آحاد لا ينهض مخصصاً للآية.
ثانياً ـ بالسنة؛ وهي حديث أسامة عند الشيخين، وغيرهما بلفظ: «إنما الربا في النسيئة»، وزاد مسلم عن ابن عباس «لاَ رِبَا فِيمَا كَانَ يَداً بيدٍ». =

....

= وأخرج الشيخان عن أبي المنهال «قال: سألت زيد بن أرقم، والبراء بن عازب عن الصرف فقالا: نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الذهب بالورق ديناً». ووجه الدلالة في هذه الأحاديث:
أن الرواية الأولى - قد قصرت الربا المحرم على ربا النسيئة فقط، والرواية الثانية - نصت على نفي الربا عما إذا كان يداً بيد. أما الرواية الثالثة - قد صرحت بأن النهي عن الربا في حالة الدين فقط؛ ويؤخذ منه بطريق المفهوم إباحته عند المناجزة.
وقد ناقش الجمهور أدلة المنسوب إلى ابن عباس ومن معه؛ لعدة مناقشات منها:
١ - لا نسلم أن لفظ الربا في الآية خاص، بل عام أيضاً، فكما أحلت الآية كل بيع إلا ما أخرجه الدليل - حرمت كل ربا كذلك. ولا شك أن في ربا الفضل زيادة كربا النسيئة، بل هي فيه أوضح؛ ولذا سماه النبي - ﷺ - ربا بقوله: «فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى»، فيكون مشمولاً بالآية.
٢ - لو سلمنا أن لفظ الربا خاص بربا النسيئة، فقد ألحقت السنة المشهورة به ربا الفضل، وليس صحيحاً كون الحديث خبر آحاد - كما يقول الرازي: - بل هو مشهور يصح الاحتجاج به في الأحكام، وتجوز الزيادة به على الكتاب عند الحنفية.
٣ - وأما رواية مسلم عن ابن عباس فموقوفة عليه.
٤ - ورواية الشيخين عن أبي المنهال لا دلالة فيها على حل ربا الفضل، أما عند القائلين بعدم حجية المفهوم فظاهر، وأما القائلون بحجيته فيخصصونه بحديث أبي سعيد السابق، على أن هذا في كلام الراوي.
٥ - أجابوا عن حديث أسامة بعدة إجابات منها:
أولاً - إنه منسوخ، وهذه إجابة ضعيفة؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بدليل تاريخي، ولم يوجد. وأقوى من هذه الأجوبة التالية وهي:
ثانياً - أن لفظ الربا في حديث أسامة محمول على الربا الأغلظ، فليس القصر حقيقياً، بل هو إضافي، أو ادعائي.
ثالثاً - أن مفهوم حديث أسامة عام، يشمل حل التفاضل في هذه الأصناف، وغيرهما؛ وحديث أبي سعيد خصص هذا المفهوم فمنع بمنطوقه التفاضل في الأصناف الربوية.
وقريب من هذا ما أجاب به الشافعي - رضي الله عنه - من أن حديث أسامة مجمل، وحديث أبي سعيد، وعبادة مبين؛ فوجب العمل بالمبيّن، وتنزيل المجمل عليه. **رابعاً** - وهناك تأويل آخر لحديث أسامة يجيب به بعض الفقهاء؛ وهو أنه كان إجابة لمن سأل عن بيع الحنطة بالشعير، أو الذهب بالفضة، فنقل الراوي الإجابة، ولم ينقل السؤال؛ إما لعدم علمه، أو لعدم اشتغاله بنقله؟
قال صاحب المبسوط: «وتأويل حديث أسامة بن زيد - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضة فقال النبي - ﷺ -: «لاَ رِبَا إِلاَّ في النَّسِيئَةِ»؛ فهذا بناء على ما تقدم من السؤال، فكأن الراوي سمع قول رسول الله - ﷺ - ولم يسمع ما تقدم من السؤال، أو لم يشتغل بنقله».
يتبين جلياً من الأدلة السابقة، وتوجيهها ومناقشاتها - رجحانٌ مذهب الجمهور. على أن ما نسب إلى ابن عباس، ومن معه ثبت رجوعهم عنه، ولم يصدر ابن عباس في هذا الرأي، الذي رآه أولاً فيما ينسبه إليه الناسبون. عن سنة عملية رآها بنفسه من رسول الله - ﷺ - أو حفظها منه. بل كان اجتهاداً منه؛ ولذا لما =

أمَّا ربا الفضل: فهو زيادةُ عين مالٍ شرطت في عقد البَيْع، على المعيار الشَّرعي؛ وهو الكيل أو الوزن في الجِنْس عندنا، وعند الشَّافعي: هو زيادةٌ مطلقةٌ في المطْعوم خاصَّة، عند اتّحاد الجنس خاصة.

= بين له أبو سعيد الخدري خطأه في ذلك لم يقو على الدفاع عن رأيه، ولم يبين لأبي سعيد سنة حفظها عن رسول الله - ﷺ - في ذلك، بل اعترف لعمر وابنه أنهما حفظا عن رسول الله - ﷺ - ما لم يحفظ. ورجع عن رأيه، بل استغفر الله منه. وعده ذنباً أذنبه - فلا يليق بفقيه عنده مسكة من دين أن يرتب ثمرة على رأي رجع عنه صاحبه، ولا يعده خلافاً. بل يجيب المصير إلى رأي الجمهور، فيد الله مع الجماعة. ويحسن أن نذكر هنا نصوص بعض العلماء والمصنفين في الموضوع «قال الترمذي على حديث أبي سعيد: العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي - ﷺ - وغيرهم» قال البيهقي في المعرفة: «بأنه يحتمل أن الراوي اختصره، فيكون النبي ﷺ سئل عن الربا في صنفين مختلفين ذهب بفضة أو تمر بحنطة فقال: «إنما الربا في النسيئة» فأداه دون مسألة السائل قال: وكبار الصحابة كلهم يقولون بربا الفضل. وعثمان بن عفان، وعبادة بن الصامت أقدم ضحبة من أسامة، وأبو هريرة، وأبو سعيد أكثر حفظاً عن النبي - ﷺ - وقد وردت أحاديثهم بذلك، فالحجة فيما رواه الأكبر، والأحفظ، والأقدم أولى».

والذي روى رجوع ابن عباس أشخاص كثيرون منهم جابر بن زيد، وابن سيرين، والحازمي في الناسخ والمنسوخ، ومسلم، أخرج مسلم عن أبي نضره قال: «سألت ابن عباس عن الصرف فقال: إلا يداً بيد فقلت: نعم قال: فلا بأس فأخبرت أبا سعيد فقال: أو قال ذلك إنا سنكتب إليه فلا يفتيكموه». وله من وجه آخر عن أبي نضرة سألت ابن عمر، وابن عباس عن الصرف، فلم يريا به بأساً، وإني لقاعد عند أبي سعيد فسألته عن الصرف فقال: «ما زاد فهو ربا». فأنكرت ذلك لقولهما.

فذكر الحديث: قال فحدثني أبو الصهباء أنه سأل ابن عباس عن الصرف فكرهه؛ وقد روى الحازمي أنه سمع عمر بن الخطاب وابنه عبد الله يحدثان عن رسول الله - ﷺ - بما يدل على تحريم ربا الفضل فقال حفظتهما عن رسول الله - ﷺ ما لم أحفظ. ورجع عند قوله. وروي أيضاً أنه قال: كان ذلك لأبي وهذا أبو سعيد الخدري يحدثني عن رسول الله - ﷺ - فتركت رأيي إلى حديث رسول الله - ﷺ -: وقال في المبسوط روي عن ابن عباس - رضي الله - تعالى عنهما أنه كان يجوّز التفاضل في هذه الأموال، ولا معتبر بهذا القول؛ فإن الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ولم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روي أن أبا سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - مشى إليه فقال: يا ابن عباس إلى متى تأكل الناس الربا أصحبت رسول الله - ﷺ - ما لم نصحب؟ أسمعت منه ما لم نسمع؟ فقال: لا . . ولكن حدثني أسامة بن زيد - رضي الله تعالى عنه - أن النبي - ﷺ - قال: لا ربا إلا في النسيئة فقال: «والله لا آواني وإني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول.

وقال جابر بن زيد - رضي الله تعالى عنه -: ما خرج ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف، والمتعة فإن لم يثبت رجوعه، فإجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله. قال محمد بن سيرين: «كنا في بيت ومعنا عكرمة فقال رجل: يا عكرمة، تذكر ونحن في بيت فلانة. ومعنا ابن عباس، فقال: إنما كنت استحللت الصرف برأيي، ثم بلغني أنه - ﷺ - حرمه فاشهدوا أني حرمته وبرئت منه إلى الله.

ينظر الربا لشيخنا سليمان محمد، المبسوط ١٢/ ١١٠ الزيلعي ٤/ ٨٦، الفخر الرازي ٢/ ٣٥٨، نيل الأوطار ٥/ ١٦٣ المغني ٤/ ١٢٣.

وأما ربا النساء: فهو فضل الحلول على الأَجل، وفضل العين على الدّين في المكيلين أو الموزُونين، عند اختلاف الجِنس، أو في غير المكيلَيْن أو الموزونَيْن عند اتحاد الجنس عندنا، وعند الشّافعي ـ رحمه الله ـ: هو فضل **الحلول** على الأجلِ في المطْعُومات والأثمان خاصّة، والله تعالى أعلم.

وأما الثاني: وهو بيان العلَّة فنقول: الأصل المعلُول في هذا الباب بإجْمَاع **القائسين** الحديث المشهور؛ وهو ما رَوىٰ أبو سَعِيدٍ الخُدْرِيّ وَعُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتَ ـ رَضِي اللَّهُ عَنْهُمَا ـ عن النَّبِيّ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّهُ قَالَ: «**الْحِنطَةُ بِالْحِنطَةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ وَالفَضْلُ رِباً، وَالشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ مِثْلاً بِمِثْل يَداً بِيَدٍ وَالفَضْلُ رِباً، وَالتَّمرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْل يَداً بِيَدٍ، وَالفَضْلُ رِباً، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ، وَالفَضْلُ رِباً، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ، وَالفَضْلُ رِباً، وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ، وَالفَضْلُ رِباً**»[1] أي: بيعوا الحِنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد.

وروي: «مثلٌ بمثل» بالرفع، أي: بيع الحِنطة بالحنطة مثل بمثلٍ يدٌ بيد ـ جائزٌ، فهذا النص معلُولٌ باتفاق **القائسين**، غير أنَّهم اختلفوا في العلَّة، قال أصحابنا: علة رِبَا الفَضْل في الأشياء الأربعة المنصوص عليها الكَيْل مع الجنس، وفي الذَّهب والفضة الوزن مع الجنس، فلا تتحقَّق العلَّة إلا باجتماع الوصْفين، وهما القدْر والجنس؛ وعلَّة ربا النّساء هي أحد وصْفي علّة ربا الفضل.

أما الكَيْل أو الوزن المتّفق أو الجنس، وهذا عندنا، وعند الشّافعي: علّة ربا الفضل في الأشياء الأربعة الطعم، وفي الذهب والفضة الثّمنية في قول، وفي قولٍ: هما غيرْ معلُولين؛ وعلّة ربا النّساء ما هو علة رِبَا الفَضْلُ، وهي الطعم في المطعومات، والثمنية في الأَثمان دون الجِنس؛ إذ الأَصل عنده حرمة بيع المطْعُوم بجنسه[2].

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٠) كتاب المساقاة: باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً حديث (١٥٨٧/٨٠) وأبو داود (٣/ ٦٤٣) كتاب البيوع: باب في الصرف حديث (٣٣٤٩) والترمذي (٣/ ٥٤١) كتاب البيوع: باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل حديث (١٢٤٠) والنسائي (٧/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥) كتاب البيوع: باب بيع البر بالشعير، وابن ماجه (٢/ ٧٥٧) كتاب التجارات: باب الصرف (٢٢٥٤) وأحمد (٥/ ٣١٤) والدارمي (٢/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩) كتاب البيوع: باب في النهي عن الصرف والدارمي (٢/ ٢٥٩) كتاب البيوع: باب في النهي عن الصرف والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٦٦) وابن الجارود رقم (٦٥٠) والدارقطني (٣/ ٢٤) كتاب البيوع حديث (٨٢) والبيهقي (٥/ ٢٧٧ ـ ٢٧٨).

وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) وتفصيل القول في بيان العلة نقول: **مذهب الحنفية**: قالوا: علة تحريم الربا في الأصناف في الحديث السابق: الجنس مع الكيل في المكيل، أو مع الوزن في الموزون فيحرم الفضل والنساء بوجودهما معاً، =

....

= والنساء فقط بوجود أحدهما، والمراد بالكيل نصف الصاع فما فوق، وبالوزن ما ينسب إلى الرطل مثل الحية لكن حقق العلامة الكمال بن الهمام في فتح القدير: عدم التقييد بنصف الصاع في الكيل، وبما ينسب إلى الرطل في الوزن، وقال: لو فرضنا أن بلداً تعاملت بمكيال دون الحفنة؛ لكان ذلك المكيال أداة للتقدير. وتقييد الشارع بنصف الصاع في الكفارات، لا يدل على إهدار غيره. والمراد بالجنس ما اختلف اسمه الخاص، والمقصود منه كالحنطة والذرة والشعير، وعلى هذا فالمال الربوي عندهم هو كل مكيل أو موزون اتحد جنسه، أو اختلف، وكل متحد الجنس، وإن لم يكن مكيلاً أو موزوناً.

مذهب المالكية: أما المالكية فقد عللوا الذهب والفضة بعلة واحدة قاصرة هي النقدية، أي: كونهما جوهر الأثمان، وبقية الأصناف بالاقتيات والادخار، وعلى هذا فالمال الربوي عندهم هو الذهب والفضة، وكل قوت مدخر؛ فأما ما يقتات، ولا يدخر، أو يدخر، ولا يقتات ففيه خلاف عندهم؛ وأما ما ليس قوتاً، ولا مدخراً كالفاكهة فليس مالاً ربوياً عندهم. هذا بالنسبة لربا الفضل؛ وأما علة ربا النسيئة فمطلق الطعم، ولو فاكهة.

مذهب الشافعية: علل الشافعية تحريم الربا في الذهب والفضة المنصوص عليهما في الحديث السابق بعلة واحدة قاصرة هي: كونهما جنس الأثمان غالباً، ومنهم من يقول كونهما قيم الأشياء، جزم به الشيرازي في التنبيه، وحكاه النووي في المجموع. ومن أصحابنا من جمع بين هذين التعبيرين، ولنا وجه ضعيف غريب: أن تحريم الربا فيهما لعينهما، لا لعلة ـ حكاه المتولي وغيره. ونص الشافعي في الأم «والذهب والورق مباينان لكل شيء، لأنهما أثمان كل شيء، ولا يقاس عليهما شيء من الطعام ولا من غيره»، وأما الأصناف الأربعة المذكورة في الحديث، فعللها الجديد من مذهبنا بكونها مطعومة، والقديم تعليلها بكونها مطعومة مكيلة، أو موزنة، والتفريع على الجديد. والمراد بالمطعوم عندنا ما يقصد لطعم الآدميين اقتياتاً، أو تفكهاً، أو تداوياً؛ ولو لم يكن مدخراً ولا مكيلاً، وإن لم يؤكل إلا في حالة الضرورة.

وعلى هذا، فلا يجري الربا عندنا إلا في الذهب، والفضة، والمطعومات.

مذهب الحنابلة: روى عنه الإمام أحمد ثلاث روايات في تعليل الأصناف الستة أشهرها: أن علة الحرمة في الذهب، والفضة؛ كونهما موزون جنس، وعلة الأعيان الأربعة؛ كونهما مكيل جنس وهذه الرواية نقلها الجماعة عن أحمد، وقد ذكرها الخرقي وابن أبي موسى، والرواية الثانية ـ أن العلة في الأثمان الثمنية وفيما عداها؛ كونه مطعوم جنس ـ فيختص بالمطعومات، ويخرج منه ما عداها. قال أبو بكر: روى ذلك عنه جماعة ولم يسمهم.

والرواية الثالثة ـ العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً، أو موزوناً؛ وعلى هذا فالمال الربوي عند الحنابلة، كل مكيل، أو موزون اتحد جنسه، أو اختلف على الرواية الأولى، أما على الرواية الثانية فهو كجديد الشافعية: الذهب والفضة والمطعومات، وعلى الثالثة في المطعومات كالقديم عند الشافعية، أما الذهب والفضة فكالرواية الأولى.

فائدة: هذه مذاهب الفقهاء الأربعة في التعليل وما يتبعه، وهي كما ترى منقسمة انقساماً إجمالياً إلى ما يأتي: ـ

أولاً ـ إن العلة هي الجنس، والمعيار الشرعي في الأصناف كلها، وهو مذهب أبي حنيفة، وأحمد في الرواية الأولى، ويروى عن النخعيّ، والزهري، والثوري، وإسحق وأصحاب الرأي. =

....

= ثانياً ـ من يرى أن العلة في الذهب، والفضة كونهما أثمان الأشياء وفي غيرهما. المطعومية؛ وهو المذهب الجديد لإمامنا الشافعي ورواية عن أحمد.
ثالثاً ـ من علل الأصناف الأربعة بالطعم والمعيار، وهو قديم مذهب الشافعية، والرواية الثالثة عن أحمد.
رابعاً ـ علل الأصناف الأربعة بالاقتيات، والإدخار، والذهب، والفضة بالثمنية، كالشافعي، وهو مذهب مالك. وبتعبير آخر يمكن به ضبط المذاهب المذكورة بحسب الأصناف؛ فيقال هكذا.
١ ـ الذهب والفضة: منهم من عللهما بكونهما ثمن الأشياء، وهو مذهب الشافعي، ومالك ورواية عن أحمد؛ ومنهم من عللها بالوزن، من الجنس، وهو مذهب أبي حنيفة ومن وافقه.
٢ ـ بقية الأصناف: منهم من عللها بالمطعومية فقط، وهو جديد الشافعي، والرواية الثانية عن أحمد، أو بالطعم والمعيار وهو قديم الشافعي، ورواية أخرى عن أحمد؛ ومنهم من عللها بالاقتيات، والادخار، وهو مذهب مالك، أو بالجنس مع المعيار، وهو مذهب أبي حنيفة، ومن وافقه. وهناك مذاهب أخرى نذكر منها ما يأتي:
ا ـ ابن سيرين، يرى أن العلة تقارب المنفعة في البدلين.
ب ـ سعيد بن جبير، يرى أن العلة كونهما جنساً.
جـ ـ وربيعة، يرى أن العلة كونهما مما تجب فيه الزكاة.
دليل الحنفية: استدلوا على مذهبهم في تعيين العلة بالجنس مع الكيل، أو الوزن بأدلة من المنقول، والمعقول. فأما المنقول:
١ ـ حديث الأصناف الستة السابق، ووجه الدلالة فيه، أنه عرف الجنس بقوله: «الذَّهَبُ بالذَّهَبِ والفِضَّةُ بالفِضَّةِ... الخ». ثُمَّ عرف القدر باشتراط المماثلة، وذلك أن المماثلة لا تكون إلا حيث يوجد المعيار.
٢ ـ إن هذا الحديث روي بزيادة في آخره تدل على دخول كل مكيل، أو موزون. تلك الزيادة هي قوله ـ ﷺ ـ: «وَكَذٰلِكَ كُلّ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ» رواها مالك بن أنس، واسحق الحنظلي كما سبق؛ وهو بهذه الزيادة تنصيص على تعدية الحكم إلى سائر الأموال المكيلة، أو الموزونة.
٣ ـ في حديث ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ السابق أن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لاَ تَبِيعُوا الدِّرْهَمَ بالدِّرْهَمَيْنِ، وَلاَ الصَّاعُ بالصَّاعَيْنِ فإنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ الربا. أي الربا»: ووجه الدلالة واضح إذ لم يرد بالصاع عينه، وإنما أراد ما يكال به؛ وهو عام.
٤ ـ وفي حديث عامل خيبر: ووجه الدلالة فيه، ما جاء من قول الرسول ـ ﷺ ـ «وكذلك الميزان» يعني ما يوزن بالميزان، فيتبين بهذا الدليل عموم الحكم في الأشياء الستة المنصوص عليها في الحديث، وغيرها من الأموال المكيلة، أو الموزونة من دون فرق بين مطعوم وغيره.
وأما المعقول: فقالوا: ـ
ـ تحرم الزيادة الحاصلة في الأموال بدون مقابل، ولا تتحقق المقابلة إلا بالمماثلة؛ والمماثلة لاتثبت إلا بالمعيار والجنس، فالمعيار يسوي الذات، والجنس يسوي المعنى.
ـ ليس المال قاصراً على المطعومات فحسب؛ لأن الشارع الحكيم يرمي إلى صيانة الأموال كلها عن الضياع.
دليل الشافعية: =

....

= ـ استدل الشافعية على مذهبهم بالمنقول والمعقول، فأما المنقول: فحديث عبادة الذي نص على الأصناف الستة، ووجه الدلالة فيه؛ أنه ذكر الذهب، والفضة، والأصناف الأربعة، والذهب والفضة فيهما معنى لا يتعدى لغيرهما، وهو كونهما ثمن الأشياء، وأما بقية الأصناف، فالمعنى الموجود فيها، وهو الطعم يوجد في غيرها.
ـ ما روى معمر بن عبد الله قال: كنت أسمع رسول الله ـ ﷺ ـ يقول: «الطَّعَامُ بالطَّعَام مِثْلاً بِمِثْلٍ» رواه مسلم. ووجه الدلالة فيه ما قاله أصحابنا: من أن الطعام المذكور في الحديث عام، يتناول جميع ما يسمى طعاماً.
وأما المعقول: فقالوا:
ـ في الذهب والفضة، أنه لو كان التحريم فيها لمعنى يتعداها إلى غيرها لم يجز إسلامهما في غيرهما؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة. والحنطة والشعير. فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات، والمكيلات وغيرهما من الأموال، دل على أن العلة فيهما بمعنى لا يتعداهما لغيرهما؛ وهو أنهما جنس الأثمان.
ـ ولأن الحب ما دام مطعوماً يحرم فيه الربا بمعنى إذا زرع وخرج من أن يكون مطعوماً بصيرورته نباتاً أخضر إلى انعقاد به ثانية لم يحرم فيه الربا؛ فإذا انقسم الحب وصار مطعوماً، حرم فيه الربا؛ فدل على أن العلة فيه؛ كونه مطعوماً.
دليل الحنابلة: علمنا أن الحنابلة لهم روايات ثلاث:
إحداها ـ كالحنفية، فدليل الحنفية دليلهم فيها.
ثانيها ـ كالجديد عند الشافعية، فالدليل للشافعية دليلهم.
ثالثها ـ في المطعومات كالقديم عند الشافعية ودليلها: نهى رسول الله ـ ﷺ ـ: «أَنْ يُبَاعَ الطَّعَامُ بالطَّعَامِ؛ إلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ». ووجه الدلالة فيه: أنه نص على اعتبار الكيل في الطعام فدل على أن المحرم فيه الربا هو ما يمكن كيله من الطعام.
دليل المالكية: استدل المالكية؛ بأن حديث الأصناف الستة نص على النقدين، والأصناف الأربعة، وما في النقدين لا يتعداهما إلى غيرهما، أما الأصناف الأربعة؛ فهي رمز للقوت وما يصلح به. رمز للأول، بالبر والشعير والتمر. وللثاني بالملح.
أما المعقول فقالوا: إن القوت به قوام الأبدان فاقتصر عليه.
مناقشة دليل الحنفية: أجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة:
أحدها ـ جواب البيهقي. قال: قد قيل إنَّ قوله: «وكذلك الميزان» من كلام أبي سعيد الخدري موقوفاً عليه.
ثانيها ـ جواب القاضي أبي الطيب وآخرين: أن ظاهر الحديث غير مراد فإن الميزان نفسه لا ربا فيه، وأضمرتم فيه الموزون، ودعوى العموم في المضمرات لا تصح.
ثالثها ـ أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعاً بين الأدلة، وأما المعقول: فأجابوا عنه، بأن صيانة الأموال بالأثمان والأبدان بالطعام فتحقق مقصود الشارع.
مناقشة الشافعية: ـ نوقش استدلالهم بحديث الأصناف الستة، بأنه إفراد فرد من أفراد العام بحكمه؛ وهو =

....

= لا يخصصه، ويعنون بالعام كل مكيل، أو موزون؛ وهو من قبل الحنفية.
ـ استدلالهم بالحديث الثاني الذي رواه معمر فيه المناقشة السابقة.
ـ قال الحنفية: إن الطعام مختص بالبر، ودفعت هذه المناقشة بأنَّ الشواهد قائمة على عموم لفظ الطعام في البر وغيره، كما قال تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فإنَّه منّي﴾ والضمير عائد على الماء، وفي حديث أبي ذر في قصة إسلامه قال: قال رسول الله ـ ﷺ ـ: «فَمَنْ كَانَ يُطعِمَكَ» قُلْتُ: مَا كَانَ لِي طَعَامٌ إلاَّ ماءُ زَمْزَمَ فَسَمِنْتُ حَتَّى تَكَثَّرَتْ عكن بَطْنِي. وقال عليه الصلاة والسلام: «إِنَّهَا مُبَارَكَةٌ إِنَّهَا طَعَامُ طَعْم» وقال الشاعر العربي (لبيد) (الكامل):

لمعفر قهد ينازع شلوه غبساً كواسب لا يمن طعامها

والمراد بالطعام الفريسة، وفي حديث عن عائشة أنها قالت: «مَكَثْنَا مَعَ رَسُولِ الله ـ ﷺ ـ زَمَناً مَا لَنَا طَعَامٌ إِلاَّ الأَسْوَدَان الماءُ والتَّمْرُ» وقوله تعالى ﴿وطَعَامُ الَّذِيْنَ أُوتُوا الكِتَابَ حِلٌ لَكُمْ وطَعَامُكُمْ الماءُ حِلٌ لَهُمْ﴾ والمراد حل الذبائح؛ وتعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعلية مبدأ الاشتقاق كالسارق في وجوب القطع، وأجاب الحنفية عن معقولهم الأول، بأن الذهب، والفضة جاز إسلامهما في غيرهما إجماعاً: فكان هذا الاستثناء مجمعاً عليه. وعن الثاني ـ أن الحب الذي زرع، وصار نباتاً، لم يجر فيه الربا، لكونه لا يدخله المعيار الشرعي، وهو الكيل أو الوزن لا لكونه غير مطعوم.
مناقشة المالكية: ـ ويناقش دليل المالكية، بأن الحطب يصلح به القوت، ولا يقولون بجريان الربا فيه.
ـ ويقال لهم في المعقول: إن الدواء به قوام البدن كالقوت.
مناقشة الحنابلة: علمنا في الاستدلال، أن دليل الحنابلة، كدليل الحنفية وجديد الشافعية وقديمهم؛ فما ورد من المناقشات على الحنفية وجديد الشافعية يرد عليهم، أما الرواية الموافقة لقديم الشافعية فتناقش، بأنه زيادة «إلا كيلاً بكيل» لم تثبت.
يظهر مما سبق من الأدلة، والمناقشات ما يأتي: ـ
أولاً ـ ما استدل به كل من المختلفين من المنقول، إما معارض أو محل بحث، وإلا فلو ثبت أحد تلك النصوص على وجه الصحة بدون معارضة؛ لتعين المصير إليه.
ثانياً ـ أما المعقول؛ فإن الشارع يشدد في المعاملات قصد الرفع التغابن بين المتعاملين، ومحافظة على المال، والمال شقيق الروح؛ إذ به المصالح الحيوية، وليس المال قاصراً على المطعوم بل المال كل متمول، والتفاوت بالوصف أهدر بالنص، وهو قوله ـ ﷺ ـ: «جَيِّدُهَا ورديئها سَوَاءٌ» وبالعدد أهدر بالإجماع، فتعين المصير إلى القول بالتفاوت بالجنس والمعيار؛ وهو رأي الحنفية، ومن يوافقهم. وذلك؛ لأننا نجد ضرورة الحياة ليست قاصرة على المطعوم فحسب. ولو سلمنا ذلك؛ لكان غير المطعوم مكملاً للضروري، وقد تقرر في الأصول أن مكمل الضروري يعطي حكمه، فكانت وجهة الحنفية وموافقيهم من حيث المعقول أتم، وأظن لو أدرك إمامنا الشافعي، أو الإمام مالك وقتنا هذا؛ لا يتردد في القول بمنع التفاوت في غير المطعومات. **فقد أصبحنا نشاهد** رأي العين ولمس اليد، أن المسمار، والقصدير، والحديد، والنحاس لا تقل في الأهمية عن السكر، والزيت، فلم تفرق وزارة التموين الآن بين مطعوم وغيره. بل جمت تلك الأشياء وعدتها كلها ضرورية، وأدخلتها تحت اسم التموين. =

وأما التَّساوي في المعيار الشَّرعي مع اليد، مخلص من الحُرْمة بطريق الرُّخصة، احتج الشافعي لإثبات هذا الأصل بما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أَنَّهُ قَالَ: «**لاَ تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ، إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ**»[1] هذا الأصْل يدل على أن الأَصل حرمة/ بيع المطْعُوم بجنسه، وإنما الجوازُ بعارض التَّساوي في المعيار الشَّرعي؛ لأنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ نهى عن بيع الطَّعام بالطَّعام مطلقاً، واستثنى حالة المسَاواة، فيدلُّ على أن الحرمة هي الأَصْل في بيع المطْعُوم بالمطعوم، من غير فصل بين القَلِيل والكَثير؛ وفيه دليلٌ أيضاً على جعل الطّعم علّة؛ لأنه أثبت الحُكْم عَقِيب اسمٍ مشتقّ من معنىً. ١٩٢/٣أ

والأصل: أن الحُكْم إذا ثبت عَقِيب اسم مشتقّ من معنى، يصير موضع الاشتقاق علَّة للحكم المذْكُور؛ كقوله تعالى جلَّ وعلا: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [سورة المائدة، ٣٨] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [سورة النور، ٢] والطَّعام اسم مشتق من الطّعم، فيدلّ على كون الطعم علّة؛ ولأن العلّة اسم لوصف مؤثّر في الحكم، ووصف الطعم مؤثّر في حرمة بيع المطْعُوم؛ والحكم متى ثبت عقيب وصْف مؤثّر، يحال إليه؛ كما في الزّنا والسَّرقة ونحو ذلك.

وبيان تأثير الطّعم؛ أنه وصف ينبئ عن العزّة والشَّرف؛ لكونه متعلّق البقاء، وهذا يشعر بعزَّته وشرفه، فيجب إِظْهَار عزَّته وشرفه، وذلك في تحريم بيع المطْعُوم بجِنسه، وتعليق جوازه بشرطي التَّساوي في المعيار الشَّرعي واليد؛ لأنَّ في تعلُّقه بشَرْطين تضييق طريق إصابته، وما ضاق طريق إصابَتِه يعزُّ وجوده، فيعزّ إمساكه، ولا يهون في عين صاحبه، فكان الأَصْل فيه هو الحَظْر؛ ولهذا كان الأصل في **الأبضاع** الحرمة والحظر، والجواز بشرطي الشَّهادة والولي إِظهاراً لشرفها؛ لكونها منْشأ البشر الذين هم المقْصُودون في العالم، وبهم قوامِها، والأَبضاع وسيلة إلى وجود الجِنْس، والقوت وسيلة إلى بقاء الجِنْس، فكان الأَصل فيها الحَظْر، والجواز بشَرْطَين؛ ليعزّ وجودُه ولا تتيسَّر إصابته، فلا يهون إِمساكه، فكذا هذا.

= قال ابن رشد في «بداية المجتهد» أثناء موازنته بين أدلة الحنفية، وغيرهم: «وكذلك إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر ـ والله أعلم ـ أن علتهم أولى العلل؛ وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه، وأن العدل في المعاملات إنما هو بمقاربة التساوي» والله تعالى أعلم.

ينظر: الربا لشيخنا سليمان محمد المجموع (٩/ ٣٩٢) المغني والشرح الكبير (٤/ ١٢٥، ١٢٦).

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٤) كتاب المساقاة: باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث (٩٣/ ١٥٩٢) وأحمد (٦/ ٤٠٠) والدارقطني (٣/ ٢٤) كتاب البيوع، والبيهقي (٥/ ٢٨٣) كتاب البيوع: باب جواز التفاضل في الجنسين.

وكذا الأصل في بيع الذَّهب والفضة بجنسهما هو الحُرْمة؛ لكونهما أثْمَان الأَشياء فيها وقيمتها[١]، فكان قوام الأموال والحياة بها، فيجب إظهار شرفها في الشَّرْع بما قلنا، ولنا في إِثبات الأصل إِشارات النُّصوص من الكتاب العزيز والسُّنة والاستدلال:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا الكَيْلَ وَلاَ تَكُونُوا مِنَ المُخْسِرِينَ وَزِنُوا بِالقِسطَاسِ المُسْتَقِيم وَلا تَبْخَسوا النَّاسَ أَشْياءَهُمْ وَلاَ تَعْثَوا في الأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾ [سورة الشعراء، ١٨١ ـ ١٨٣] وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَيَا قَوْم أَوْفُوا الْمِكْيَالَ والمِيْزانَ بِالْقِسْطِ وَلاَ تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلا تُفْسِدُوا في الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا﴾ [سورة هود، ٨٥] جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون مطلقاً عن شرط الطعم، فدلَّ على أن العلَّة هي الكيل والوزن، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَيْلٌ لِلْمطَفِّفين الَّذِين إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾ [سورة المطففين، ١ ـ ٣] ألحق الوعيد الشَّديد بالتَّطفيف في الكيل والوزن مطلقاً، من غير فصل بين المطْعوم وغيره.

وأما السنة: فما رُوِيَ أَنَّ عَامِلَ خَيْبَرَ أَهْدَىٰ إِلىٰ رَسُولِ اللَّهِ ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ تَمْراً جَنيباً فَقَالَ: أَوَ كُلُّ تَمر خَيْبَرَ هَكَذَا؟ فَقَالَ: لاَ، وَلَكِنِّي أَعْطَيْتُ صَاعَيْنِ وَأَخَذْتُ صَاعاً، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ: أَرْبَيْتَ هلاَّ بِعْتَ تَمْرَكَ بِسِلْعَةٍ، ثُمَّ ابْتَعْتَ بِسِلْعَتِكَ تَمْراً![٢].

وكذلك الميزان؛ وأراد به الموزون بطريق الكِنَاية؛ لمجاورةٍ بينهما مطلقاً، من غير فَصْل بين المطْعوم وغير المطْعوم؛ وكذا روى مالك بن أنس، ومحمد بن إسحاق الحنظلي بإسنادهما الحديث المشْهُور، الذي رواه محمَّد في «كتاب البيُوع» عن النَّبي ـ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ـ أنه قال في آخِرِهِ: **«وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ»**[٣].

---

(١) أخرجه أحمد (٣/٣، ١٠، ٦٠).
ومسلم (٦/٢٥ ـ ٢٦) كتاب المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث (٩٩، ١٠٠/١٥٩٤) كلاهما من حديث أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ فذكره بنحوه.

(٢) أخرجه ابن عدي (٢/٤٢٥) وابن حزم في «المحلى» (٨/٤٧٩) والبيهقي (٥/٢٨٦) كتاب البيوع: باب من قال بجريان الربا في كل ما يكال ويوزن، من طريق حيان بن عبيد الله قال: سألت أبا مجلز عن الصرف، فقال: يداً بيد كان ابن عباس لا يرى به بأساً ما كان منه يداً بيد فأتاه أبو سعيد فقال له: ألا تتقي الله حتى متى يأكل الناس الربا أو ما بلغك أن رسول الله ﷺ قال: التمر بالتمر والحنطة بالحنطة الشعير بالشعير والذهب بالذهب والفضة بالفضة يداً بيد عيناً بعين مثلاً بمثل فما زاد فهو ربا ثم قال: وكذلك ما يكال ويوزن. قال ابن عدي: تفرد به حيان.
وقال البيهقي: وقد تكلموا فيه.

=

وأما الاستدلال: فهو أن الفَضل على المعيار الشَّرعي من الكَيْل والوزن في الجنس ـ إنَّما كان رباً في المطْعومات والأثمان في الأَشياء الستة المنْصُوص عليها؛ لكونه فضل مالٍ خالٍ عن العوضِ يمكن التَّحرز عنه في عقد المعَاوَضة، وقد وجد في الجصّ والحديد ونحوهما، فورود الشَّرع ثمة يكون وروداً ههنا دلالَة.

وبيان ذلك: أن البيع لغةً وشرعاً: مبادلة المَال بالمَال، وهذا يقتضي التَّساوي في البدلين، على وجْه لا يخْلو كل جزءٍ من البدل من هذا الجَانِب، عن البدل من ذلك الجانب؛ لأنَّ هذا هو حقيقة المَبادَلة؛ ولهذا لا يملك الأب الوصيّ بيع مال اليتيم بغبْن فاحشٍ، ولا يصحُّ من المريض إلاَّ من الثُّلث، والقفيز من الحِنْطة/ مثل القفيز من الحنطة صورةً ومعنى، وكذلك الدِّينار مع الدِّينار. ٣/ ٩٢ب

أما الصورة: فلأنهما متماثلان في القَدْر، وأما المعنى: فإن المجانَسَة في الأموال عبارةٌ عن تقارب المالية، فكان القَفِيز مِثْلاً للقفيز، والدِّينار مثلاً للدينار؛ ولهذا لو أتلف على آخر قفيزاً من حنطة ـ يلزمه قفيزٌ مثله ولا يلزمه قيمته، وإذا كان القَفيز من الحنطة مثلاً للقَفِيز من الحنطة ـ كان القَفيز الزَّائد فضل مالٍ خال عن العِوَض، يمكن التحرُّز عنه في عقد المعاوضة؛ فكان ربا، وهذا المعنى لا يخصُّ المطعومات والأثمان، بل يوجد في كل مكيل بجنسه وموزون بجنسه[1] فالشَّرع الوارد هناك يكون وارداً ههنا دلالة.

وأما قوله: «الأصل حرمة بيع المطْعوم بجنسه» فممنوع، ولا حجَّة له في الحديث؛ لأنه ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ ما اقتصر على النَّهي عن بيع الطَّعام بالطعام؛ ليجعل الحظر فيه أصلاً، بل قرن به الاستثناء، فقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ**» فلا يدلُّ على كون الحُرْمة فيه أصلاً.

= وأعله ابن حزم بجهالة حيان وعدم سماعه من أبي سعيد وابن عباس.

وللحديث طريق آخر.

فأخرجه الدارقطني (٣/ ١٤) كتاب البيوع: حديث (٣٩) من طريق المبارك بن مجاهد عن مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أن رسول الله قال: لا ربا إلا في الذهب والفضة أما يكال أو يوزن مما يؤكل ويشرب.

قال الدارقطني: هذا مرسل ووهم المبارك على مالك في رفعه إلى النبي ﷺ وإنما هو من قول سعيد بن المسيب قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣٧): وقال ابن القطان: المبارك بن مجاهد ضعيف ومع ضعفه فقد انفرد عن مالك برفعه والناس رووه عنه موقوفاً.

وقال عبد الحق: هكذا رواه المبارك بن مجاهد ووهم على مالك من رفعه إنما هو قول سعيد: ا.اهـ

وقد أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٣٥) رقم (٣٧) من قول سعيد بن المسيب.

(١) في ط: بمثله.

وقوله: جعل الطّعم علّة دعوة ممنوعة أيضاً، والاسم المشتَق من معنى إنما يُجْعَل علّة للحُكْم المذْكور عقيبه عندنا، إذا كان له أثرٌ؛ كالزنا والسرقة ونحوهما، فلِمَ قلتم: بأن للطّعم أثراً، وكونه متعلّق البقاء لا يكون أثره في الإطلاق أولى من الحظر؛ فإن الأصل فيه هو التّوسيع دون التّضييق، على ما عرف والله أعلم.

وعلى هذا الأَصل تبنى مسائل الربا نقداً ونسيئة، وفروع الخلاف بيننا وبين الشّافعي، أما ربا النقد ففائدة الخلاف فيه تَظْهر في موضعين:

أحدهما: في بيع مكيل بجِنْسه غير مطْعُوم أو موْزُون، بجنسه غير مطْعُوم ولا ثمن، كبيع قفيز جصّ بقفيزي جصّ، وبيع من حديد بمَنَوَىْ حديد ـ عندنا لا يجُوز؛ لأنه بيع ربا لوجود علّة الربا؛ وهو الكيل مع الجنس، أو الوَزْن مع الجنس، وعنده: يجُوز؛ لأن العلة هي الطّعم أو الثمنية، ولم يُوجَد.

وعلى هذا الخِلاف بيع كل مقدّر بجنسه من المَكِيلات والموزونات، غير المطعومات والأَثمان؛ كالنّورة، والزّرنيخ[1] والصّفر، والنّحاس، ونحوها.

وأما بيع المَكِيل المطعُوم بجنسه متفاضلاً، وبيع الموزون المطْعُوم بجنسه متفاضلاً؛ كبيع قَفِيز أرز بقَفِيزيْ أرزٍ، وبيع منّ سكر بِمَنَوَىْ سكر ـ فلا يجوز بالإجماع. أما عندنا: فلوجود القَدْر والجنس، وعنده: لوجود الطّعم والجنس؛ وكذا كلّ موْزُون هو مأكول أو مشْرُوب؛ كالدهن والزّيت والخلّ ونحوها.

ويجوز بيع المَكِيل بغير جنسه متفاضلاً، مطعوماً كان أو غير مطعوم، بعد أن يكون يداً بيد؛ كبيع قفيز حِنْطَة بقفيزي شعير، وبيع قَفِيز جصّ بقفيزي نورةٍ، ونحو ذلك؛ لأن علة الرّبا الفضل مجموع الوصْفَين، وقد انعدم أحدُهُما وهو الجنس؛ وكذا بيع الموزُون بغير جِنْسه متفاضلاً جائزٌ؛ ثمنين كانا أو مثمَّنين بعد أن يكون يداً بيدٍ؛ كبيع دينار بمَائَة درهم، وبيع مَنّ حديد بمنوى نحاسٍ أو رَصاصٍ، ونحو ذلك؛ لما قلنا.

ويجوز بيع المذْرُوعات والمعدودات المتفاوتة، واحداً باثنين، يداً بيد؛ كبيع ثوبٍ بثوبين، وعبد بعبْدَين، وشاة بشاتيْن، ونصل بنَصْلين ونحو ذلك بالإجماع، أما عندنا: فلانعدام أحد الوصْفَين؛ وهو الكيل والوَزْن، وعنده: لانعدام الطّعم والثّمنية.

وأما بيع الأواني الصّفرية واحداً باثنين؛ كبيع قُمْقَمَة بقُمْقُمَتَيْن ونحو ذلك، فإن كان مما

---

(١) الزرنيخ: عنصر شبيه بالفلزات، له بريق الصلب ولونه، ومركباته سامة، يستخدم في الطب وفي قتل الحشرات المعجم الوسيط (زرنخ).

يباع عدداً، يجوز؛ لأن العدّ في العدديات ليس من أوصاف علّة الرّبا، فلا يتحقق الرّبا؛ وإن كان مما يباعُ وزناً، لا يجوز؛ لأنه بيع مال الرّبا بجنسه مجازفة، ويجوز بيع المعدودات المتقَاربة، من غير المطْعُومات بجنسها متفاضلاً، عند أبي حنيفة وأبي يوسُف، بعد أن يكون يداً بيد؛ كبيع الفلس بالفلسين بأعيانهما.

وعند محمَّد: لا يجوز.

وجه قوله: أنَّ الفُلُوسَ أثمانٌ، فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً؛ كالدَّراهم والدَّنانير، ودلالة الوصْف [أن الثمن][1] عبارة عما تقدّر به مالية الأعيان، ومالية الأعْيَان كما تقدّر بالدَّراهم والدَّنانير تقدَّر بالفُلُوس، فكانت أثماناً؛ ولهذا كانت أثماناً عند مقابلتها بخلاف جنسها، وعند مقابلتها بجِنْسها حالة المسَاواة، وإن كانت ثمناً، فالثَّمن لا يتعيّنن، وإن [كانت][2] عيناً كالدراهم والدنانير، فالتحق التّعيين فيهما بالعَدَم، فكان بيع الفلس بالفلسين بغير/ أعيانهما - وذا لا يجوز؛ ولأنها إذا كانت أثماناً، فالواحد يقابل الواحد، فبقي الآخر فضْل مالٍ لا يقابله عوض في عقْد المعَاوَضة، وهذا تفسير الربا. ٣/١٩٣أ

ولهما: أن علَّة ربا الفضل هي القَدْر مع الجنس، وهو الكَيْل أو الوزن المتَّفق عند اتحاد الجِنْس، والمجانسة إن وجدت ههنا فلم يوجد القَدْر، فلا يتحقَّق الربا. وقوله: الفلوس أثْمَان، قلنا: ثمنيتها قد بطَلَت في حقّهما قبل البيع، فالبيع صادفها وهي سلع عدديَّة، فيجُوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السِّلع العددية؛ كالقماقم العددية وغيرها، إلا أنه بقيت أثماناً عند مقابلتها بخلاف جِنْسها، وبجنسها حالة المساواة؛ لأن خروجها عن وصْف الثَّمينة كان لضرورة صحَّة العقد وجوازه؛ لأنهما قصدا الصِّحة، ولا صحَّة إلا بما قلنا، ولا ضرورة ثمة؛ لأن البيع جائزٌ في الحَالَيْن؛ بَقِيَت على صفة الثَّمينة أو خرجت عنها.

والثاني: في بيع مطْعُوم بجنسه ليس بمِكيل ولا موزُون؛ كبيع حفنة حِنْطة بحفْنَتين منها، أو بطِّيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيْضَة ببيضَتَيْن، أو جوزة بجُوزَتَيْن - يجوز عندنا؛ لعدم العلة، وبقي الكَيْل مع الجنس أو الوزن، وعنده: لا يجُوز؛ لوجود الطَّعم والجنس.

وكذا لو باع حفنة، أو تفَّاحة بتفَّاحة، أو بيْضَة ببيضةٍ - يجوز عندنا لما قلنا. وعنده: لا يجُوز، لوجود الطَّعم؛ لأن حُرْمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده، والتساوي في الكيل أو الوزن مخلص عن الحُرْمَةِ بطريق الرُّخصة، ولم يوجد المخلص، فبقي على أصْل الحُرْمة.

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

وأما ربا النّساء وفروعه، وفائدة الاختلاف فيه، فالأَصل فيه ما روي عن إِبراهيم النَّخعي؛ أنه قال: أَسْلِم ما يكال فيما يوزن، وأَسْلِم ما يوزن فيما يكَال، ولا تسلم ما يكال فيما يكال، ولا ما يوزَنُ فيما يوزَنُ.

وإذا اختلف النَّوعان مما يكَالُ أو يوزن، فلا بأس به؛ اثنان بواحد يداً بيدٍ، ولا خير فيه نسيئةً، ولا بد من شَرْح هذه الجملة، وتَفْصيل ما يحتاج منها إِلى التَّفْصيل؛ لأَنه ـ رحمه الله ـ أجرى القضيَّة فيها عامة، ومنها ما يحتمل العُمُوم، ومنها ما لا يحتمل، فلا بدَّ من بيان ذلك؛ فنقول وبالله التوفيق: لا يجوز إِسلام المكيلات في المكِيلات على العموم، سواءٌ كانا مطعومين؛ كالحِنْطَة في الحنطة أو في الشعير، أو غير مطعومين؛ كالجصّ في الجصّ أو في النّورة.

وكذلك بيع المكِيل بالمكيل حالاً لا سلماً، لكن ديناً موصوفاً في الذّمة لا يجوزُ، سواءٌ كان من جنسٍ واحدٍ أو من جنْسَين، مطعومَيْن كانا أو غير مطعومين عندنا؛ لأن أَحَدَ وصفي علَّة رباً الفضلِ جمعهما، وهو الكَيْل.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن كانا مطْعومين، فكذلك؛ وإِن لم يكونَا مطْعُومين، جاز؛ لأن العلَّة عنده الطَّعم.

وأما إِسلام الموزونات في الموزُونات، ففيه تفصيلٌ؛ إِن كانا جميعاً مما يتعينان في العَقْد، لا يجوز أيضاً، سواءٌ كانا مطْعُومين كالسكَر في الزّعفران، أو غير مطْعُومين كالحديد في النّحاس؛ لوجود أحد وصْفَي علَّة ربا الفضل الذي هو علّة تامة لربا النّساء.

وعند الشَّافعي: يجُوز في غير المطْعُوم، ولا يجوز في المطْعُوم؛ لما قلنا، وإِن كانا مما لا يتعيَّنان في العقد؛ كالدراهم في الدنانير والدنانير في الدراهم، أو الدَّراهم في الدَّراهم والدنانير في الدنانير، أو لا يتعين المسلّم فيه؛ كالحديد في الدراهم والدنانير ـ لا يجوز؛ لأَن المسلم فيه مبيعٌ لما روي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعَ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسانِ، وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»؛ فهذا يقتضي أن يكون السَّلم بيع ما ليس عند الإنسان؛ لأنه رخَّص في بعض ما دخل تحتَ النَّهي، والدّاخل تحت النهي هو **البَيْع، دل أن السلم** نوعُ بيع؛ ليستقيم إِثبات الرُّخصة فيه[1]، فكان المسلّم فيه مبيعاً، والمبيع مما يتعيّن بالتّعيين، والدراهم والدنانير لا يحْتَملان التَّعيين شرعاً في عقُود المعاوضات، فلم يكونا متعيّنين، فلا يصْلُحان مسلّماً فيهما.

---

(١) الرخصة «بالتسكين» مأخوذة من الترخيص وهو لغة السهولة والتيسير. قال الجوهري الرخصة في الأمر خلاف التشديد ومن ذلك رخص السعر إذا تيسر وسهل.
وفي اصطلاح الفقهاء يعرفها الحنفية بقولهم: الرخصة ما تغير من عسر إلى يسر لعذر أي هي الحكم الذي شرع وفيه سهولة ويسر لدفع حاجة الناس بعد حكم فيه عسر وضيق. ويعرفها فقهاء الشافعية بقولهم. هي ما ثبت على خلاف الدليل لعذر أي هي الحكم الذي شرع ثانياً دفعاً لحاجة الناس بعد أن اقتضى خلافه دليل متقدم عليه.

....

= وبالتأمل في مفهوم التعريفين يرى أن مآلهما واحد وأن أئمة المذهبين متفقون على أن الرخصة لا بد فيها من القيود الآتية وهي:
١ ـ أن يكون دليل الحكم الأصلي قائماً.
٢ ـ أن يكون هناك تغيير في مقتضاه بدليل آخر.
٣ ـ أن يكون هذا التغيير الحاصل إنما هو للعذر لا لفقد سبب شرعية الحكم الأصلي غير أنهم يختلفون بعد ذلك فيما هو داخل تحت مفهوم الرخصة تبعاً لما يقتضيه النظر في الدليل التفصيلي.
فالحنفية يقسمون الرخصة إلى أربعة أقسام: قسمان حقيقيان وآخران مجازيان فأول الحقيقين خصوه بما أباحه الشارع مع قيام دليل التحريم معمولاً به كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الإكراه عليه فإن الدليل على وجوب الإيمان بالله تعالى قائم أبداً في حق كل مكلف فتكون حرمة الكفر كذلك ولكن الله تعالى أجاز للمكره إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان تفادياً مما يلحقه من الأذى.
ثانيهما: خصوه بما أباحه الشارع مع قيام الدليل المحرم غير معمول به أي بدون أن يكون حكمه الذي هو الحرمة باقياً كفطر المسافر في رمضان فإن المحرم للإفطار وهو الدليل الذي أوجب الصوم عند شهود الشهر قائم لكن حرمة الإفطار غير قائمة لوجود السفر فهذان النوعان هما نوعا الرخصة الحقيقية أما النوعان المجازيان:
فأولهما: ما وضعه الشارع عن الأمة المحمدية من الآصار والأغلال كقتل النفس في صحة التوبة وغير ذلك فهذا الحكم من حيث إنه كان واجباً قبل الإسلام وقد تغير إلى أيسر منه فلم يجب توسعة وتخفيفاً فقد أشبه الرخصة من حيث الانتقال فيه من عسر إلى يسر.
ثانيهما: ما أسقطه الشارع عنا مع كونه مشروعاً في الجملة فمن حيث إنه سقط لم يكن رخصة ومن حيث إنه مشروع في حقنا في الجملة كان شبيهاً بالرخصة الحقيقية.
وذلك كقصر الصلاة في السفر لأن الحنفية يرون أن الصلاة شرعت أولا ركعتين ثم أقرت على هذا في السفر وزيدت في الحضر وإذن فالقصر في السفر حكم أصلي ولكن لما كان في العادة أن السفر طارئ على الإقامة وكان حكم الصلاة فيه أيسر من حكمها في الحضر كان قصر الصلاة في السفر رخصة مجازية.
وكالسلم فإن الأصل في البيع أن يلاقي عيناً موجودة عند البائع وهذا الحكم مشروع في حق المكلفين لكن الشارع الحكيم قد أسقطه في السلم حتى جعل وجود المبيع وتعينه مفسداً له فإذن السلم عند الحنفية بناء على هذا من قبيل الرخصة المجازية.
وأما الشافعية فيقولون بنوعي الرخصة الحقيقية المتقدمين كما يقولون بالنوع المجازي الأول لعدم مشروعيته في حقنا بل هو شريعة من قبلنا نسخت في حقنا.
وأما النوع المجازي الأخير عند الحنفية فقد قالوا في بعض أفراده إنه رخصة حقيقية كقصر الصلاة في السفر بناء على ما رأوه في الدليل التفصيلي من أن الصلاة الرباعية شرعت أربعاً ولعذر السفر قصرت فصدق على القصر أنه حكم سهل شرع ثانياً للعذر وهذا حدّ الرخصة الحقيقية.
واختلفت أنظارهم في البعض الآخر كالسلم حيث إن فريقاً منهم جعله شبيهاً بالرخصة لعدم قيام المقتضى حقيقة فإن السلم ليس بحرام أبيح للعذر وفريقاً آخر جعله من الرخصة حقيقة بناء على فهمه أنه المقتضى للحكم الأصلي موجود فتكون السهولة التي وردت في السلم وتضمنها دليل جوازه جاءت على خلاف =

وإن كان رأس المال ممَّا لا يتعين، والمسلم فيه مما يتعيَّن؛ كما لو أسْلَم الدّراهم أو الدَّنانير، في الزّعفران أو في القُطْن أو الحدِيد وغيرها من سائر الموزُونات؛ فإنَّه يجُوز؛ لانعدام العلَّةِ وهي القَدْر المتفق أو الجنس.

أما المجانسة فظاهرة الانتفَاء، وأما القَدْر المتفق؛ فلأن وزن الثَّمن يخالف وزن المثمّن، ألا ترى أن الدَّراهم توزن بالمثَاقِيل، والقُطْن والحديد/ يوزنان بالقبَّان[1]، فلم يتَّفق القدر، فلم توجد العلَّة، فلا يتحقّق الربا. ٣/ ٩٣ب

هذا إذا أسلم الدَّراهم أو الدَّنانير في سائر الموزُونات، فأمَّا إذا أسلم **نقرة** فضّة، أو **تبر** ذهب، أو المصُوغ فيها فهل يجوز؟ ذكر الاخْتِلاف فيه بين أبي يوسف وزفر: على قول أبي يوسف: يجُوز، وعلى قول زفر: لا يجُوز.

وجه قول زفر: أنَّه وجد علَّة ربا النساء، وهي أحد وصْفَي علة ربا الفضل، وهو الوزن في المَالَيْن، فيتحقّق الربا.

وجه قول أبي يوسف: أن أحد الوصْفَين الذي هو علة القَدْر المتفق، لا مطلق القَدْر، ولم يوجد؛ لأن النّقرة أو التبر من جنس الأثمان، وأصل الأَثمان ووزن الثَّمن يخالف وزن المثمّن، على ما ذكرنا، فلم يتَّفق القدر، فلم توجد العِلّة، فلا يتحقّق الربا؛ كما إذا أسلم فيها الدَّراهم والدَّنانير.

= مقتضى الدليل المحرم وهو حديث حكيم بن حزام الناهي عن بيع ما ليس عند الإنسان فشرط العندية في البيع ليمكن تسليم البيع وهذا عام يشمل السلم كما يشمل غيره من البيوع لكن أسقط هذا الشرط في السلم تسهيلاً على الناس.

وإلى الوجهين يشير قول الغزالي في المستصفى: قد يقال إنه «أي السلم» رخصة لأن عموم نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان يوجب تحريمه ثم قال: ويمكن أن يقال السلم عقد آخر فهو بيع دين. فافتراقهما في الشرط لا يلحق أحدهما الرخصة فيشبه أن يكون هذا مجازاً فإن قول الراوي نهى عن بيع ما ليس عندك ورخص في السلم تجوز في العبارة.

وقريب من ذلك وجهان نقلهما الماوردي أن السلم أصل بنفسه أو عقد تحريم جوز للحاجة لكن لا يخفى أن شرط العندية سقط في السلم بحيث لم يبق مشروعاً أصلاً فيه حتى كانت العندية فيه مفسدة له.

وبهذا تعلم أن الأوجه هو مذهب الحنفية من أنه رخصة مجازية وهو أحد الوجهين في كلام الغزالي والماوردي هذا ويقابل الرخصة العزيمة وهي لغة القصد المصمم قال تعالى: ﴿فنسي ولم نجد له عزماً﴾. أي قصداً بليغاً وفي الاصطلاح قيل هي الحكم المنتقل عنه. وقيل هي الحكم ابتداء.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

(١) القَبَّان: الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساماً، ينقل عليها جسم ثقيل يسمى الرمانة، لتعين وزن ما يوزن. المعجم الوسيط (قبن)

ولو أسلم فيها الفُلوس جاز؛ لأن الفلس عددي، والعدد في العدديَّات ليس من أوصاف العِلَّةِ، ولو أسْلَم فيها الأواني الصّفرية ينظر: إن كانت تباع وزناً، لم يجُز؛ لوجود الوزْن الذي هو أحد وصْفي علَّة ربا الفَضْل، وإن كانت تباع عدديّة، جاز؛ لانعدام العلّة.

وأما إسلام المكيلات في الموزُونات فهو أيضاً على التَّفْصيل، فإن كان الموزون مما يتعيَّن بالتَّعيين، يجُوز، سواء كانا مطْعُومين؛ كالحِنْطَة في الزيت أو الزعفران، أو غير مطعومين؛ كالجصّ في الحديد ـ عندنا: لعدم العلة.

وعند الشافعي: لا يجوز في المطعومين؛ لوجود العلة، وإن كان ممَّا لا يتعين بالتَّعْيين، وهو الدَّراهم والدَّنانير ـ لا يجوز؛ لما مرَّ أن شرْط جواز السَّلَم [أن يكون المسلم](1) فيه مبيعاً، والدّراهم والدّنانير أثمان أبداً، بخلاف سائر الموزونات.

ثم إذا لم يجز هذا العَقْد سلماً هل يجوز بيعاً؟ ينظر: إن كان بلفظ البَيْع، يجُوز، ويكون بيعاً بثمن مؤجّل؛ لأنه إن تعذَّر تصحيحه [سلماً](2) أمكَن تصحيحه بيعاً بثمن مؤجَّل، فيجعل بيعاً به، وإن كان بلفظ السَّلم، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجُوز؛ لأن السَّلم يخالف مطْلَق البيع في الأَحكام والشَّرائط، فإذا لم يصحَّ سلماً، بطَل رأساً.

وقال بعضهم: يجُوز؛ لأَنَّ السلم نوع بيع، ألا ترى أنَّ النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ سماه بيعاً حين(3) نهىٰ عن بَيْع ما ليس عند الإنسان، ورخَّص في السَّلم؛ ولهذا ينعقد بلفظ البَيْع، إلا أنه اختص بشَرائط مخصوصَة، فإذا تعذَّر تصحيحه بيعاً هو سلم، يصحّح بيعاً بثمن مؤجَّل تصحيحاً للتصرُّف بالقدر الممكن، وأما إسلام الموزونات في المكِيلاَت فجائزٌ على العمُوم، سواء كان الموزُون الذي جعله رأس المال عرضاً(4) يتعيَّن بالتعيين، أو ثمناً لا يتعين بالتَّعيين، وهو الدراهم والدنانير؛ لأنه لم يجمعها أحد الوصْفين، وهو القدْر المتفق أو الجنس، فلم توجد العلَّة، ولو أسلم جنساً في جنسه وغير جنسه؛ كما إذا أسلم مكِيلاً في مكيل. وموزون ـ لم يجز السّلم في جميعه عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعند أبي يوسف ومحمَّد ـ رحمهما الله ـ: يجُوز في حصَّة خلاف الجنس وهو الموزُون، وهو على اختلافهم فيما جميع بين حُرٍّ وعبد، وباعهما صفقة واحدةً، وقد ذكرناه فيما تقدم.

وأما إسلام غير المكيل والموزُون في جنسه من الذرعيات والعدديَّات؛ **كالهروي في الهروي**(5) والمروي في المروي، والحيوان في الحيوان ـ فلا يجُوز عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: يجُوز.

---

(1) سقط من ط.
(2) سقط من ط.
(3) في أ: حيث.
(4) في أ: عوضاً.
(5) في ط: الهري.

ولقب هذه المسألة: أن الجنس بانفراده يحرم النّساء عندنا، وعنده لا يحرم، فلا يجوز إسلام الجوز في الجوز، والبيض في البيْض، والتفاح في التفاح، **والحفنة** في الحفنة بالإجماع؛ لوجود الجِنْس عندنا، ولوجود الطعم عنده، وأجمعوا على أنه يجُوز إسلام الهروي في المروي؛ لانعدام أحد الوصْفَين عندنا، وعنده لانعدام الطّعم والثمنية. ويجوز إِسلام الجوز في البيض، والتّفاح **في السفرجل**[1]، والحيوان في الثوب عندنا؛ لما قلنا، وعنده: لا يجُوز في المطْعوم؛ لوجود الطعم.

ولو أسلم الفُلوس في الفلوس، لا يجوز عندنا؛ لوجود الجنس، ، وعنده لوجود الثمنية، وكذا إِذا أسلم الأواني **الصفرية** في جنسها، وهي تباع عدداً - لا يجوز عندنا؛ لوجود المجانسة، وعنده لوجود الثمنية، والكلام في مسألة الجنس بانفراده مبنيٌّ على الكلام في مسألة الرِّبا.

وأصل الشّافعي فيها ما ذكرنا؛ أن حُرْمة بيع المطْعوم بجنسه، وحرمة بيع الأَثْمَان بجنسها/ هي الأصل، والتساوي في المعيار الشّرعي مع اليد مخلص عن الْحُرمة بطريق الرُّخصة، أو ربَا النّساء عنده هو فضل الحلُول على الأجل في المطعومات، والثمنية في الأَثمان، وقد ذكرنا ما له من الدَّليل على صحَّة هذا الأَصل فيما تقدم، والكَلاَم لأصحابنا في هذه المسألة على نحوِ ما ذكرنا في علَّة ربا الفضل؛ وهو أن السَّلم في المطْعُومات والأثمان إِنما كان رباً؛ لكونه فضلاً خالياً عن العوض يمكن التحرُّز عنه في عقد المعاوضة؛ لأن البيع عَقْد مبادلة على طريق المقَابَلة والمساواة في البدلين؛ ولهذا لو كانا نَقْدين، يجُوز، ولا مساواة بين النقد والنَّسيئة؛ لأَن العين خير من الدّين، والمعجّل أكثر قيمة من المؤجَّل، فكان ينبغي أن يكون كل فَضْل مشروطٍ في البيع رباً، سواء كان الفَضْل من حيث الذَّات أو من حيث الأَوْصاف، إِلا ما لا يمكن التحرُّز عنه دفعاً للحرج، وفضل التعيين يمكن التحرُّز عنه؛ بأن يبيع عيناً بعين، وحالاً غير مؤجل، وهذا المعنى موجود في غير المَعْلُوم والأثمان، فورود الشَّرع ثمة يكون وروداً ههنا دلالة؛ وابتداء الدَّليل لنا في المسألة ما رُوِيَ عَنْ النَّبِي - عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلاَمُ - إِنَّه قَالَ: **«لاَ رِبَا إِلاَّ في النَّسِيئَة»**[2].

٣/ ١٩٤أ

---

(١) السفرجل: شجر مثمر من فصيلة الورديات المعجم الوسيط (سفرجل)

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٣٨١) كتاب البيوع: باب بيع الدينار بالدينار نساءً حديث (٢١٧٨) ومسلم(٣/ ١٢١٧ - ١٢١٨) كتاب المساقاة: باب بيع الطعام مثل بمثل حديث (١٠١، ١٠٢، ١٠٣/ ١٥٩٦) والنسائي (٧/ ٢٨١) كتاب البيوع: باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، وابن ماجه (٢/ ٧٥٨ - ٧٥٩) كتاب التجارات: باب من قال: لا ربا إلا في النسيئة حديث (٢٢٥٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٦٤) والبيهقي (٥/ ٢٨) من حديث ابن عباس عن أسامة بن زيد.

ورُوِي: «**إِنَّمَا الرِّبا فِي النَّسيئَةِ**»، حقَّق - عليه الصلاة والسلام - الربا في النسيئةِ، من غير فَصْل بين المطعوم والأثمان وغيرها، فيجب القَوْل بتحقيق الرِّبا فيها على الإطلاق والعموم، إلا ما خَصَّ أو قيد بدليل، والرِّبا حرام بنصِّ الكتاب العزيز، وإذا كان الجنس أحد وصْفي علَّة ربا الفضل، وعلة ربا النَّسيئةِ عندنا، وشرط علة ربا الفَضْل عنده - فلا بد من معرفة الجِنْس من كل ما يجري فيه الرِّبا، فنقول: وبالله التوفيق: الحِنْطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها - جنسٌ واحد وكذلك الشَّعير؛ وكذلك دقيقهما، وكذا **سويقهما**[1].

وكذلك التّمر، وكذلك المِلْح، وكذلك العِنَب، وكذلك الزَّبيب، وكذلك الذَّهب والفضة - فلا يجوز بَيْعُ كُلِّ مَكِيل مِنْ ذَلك بجنسه متفاضلاً في الكيل، وإن تساويا في النَّوع والصّفة بلا خلاف.

وأما متساوياً في الكيل متفاضلاً في النَّوع والصفة - فنقول: لا خلاف في أنه يجُوز بيع الحِنْطَة بالحنطة، **والسَّقية** بالسَّقية، **والنّحسية** بالنّحسية، وإحداهما بالأخرى، والجيدة بالجِيدة، والرَّديئة بالرديئة، وإحداهما بالأخرى، والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعَتِيقة وإحداهما بالأخرى، **والمقلوة** بالمقلوة.

وكذلك الشَّعير على هذا؛ وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير، فيجوز بيع دقيق الحِنْطَة بدقيق الحنطة، وسويق الحنطة بسويق الحِنطَة، وكذا دقيق الشعير وسويقه؛ وكذا التمر بالتمر **البَرْني بالمعقلي**[2] والجيد بالرديء، والجديد بالجديد والعَتيق بالعتيق وأحدهما بالآخر.

وكذلك العنب بالعنب، والزَّبيب اليابس بالزبيب اليابس، ولا خلاف في أنه لا يجُوز بيع حِنْطَة مقلية بحنطةَ غير مقلية، والمطبوخة بغير مطبوخة، وبيع الحِنْطَة بدقيق الحنطةِ وبسويق الحنطة، وبيع تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ متفاضلاً في الكيل أو متساوياً فيه؛ لأن المقلية ينضمّ بعض أجزائها إلى بعض، يعرف ذلك بالتجربة، فيتحقَّق الفضل من حيث القَدْر في الكيل فيتحقَّق الربا، وكذا المطْبوخَة بغير المطبوخة؛ لأن المَطْبُوخ ينتفخ بالطَّبخ، فكان غير المطْبوخَةِ أكثر قدراً عند العقد، فيتحقق الفَضْل.

وكذلك بيع الحِنطَةِ بدقيق الحِنْطَةِ؛ لأنَّ في الحنطة دقيقاً، إلا أنه مجتمع؛ لوجود المانع من التَّفرق وهو التركيب، وذلك أكثر من الدَّقيق المتفرق، عرف ذلك بالتَّجربة، إلا أن الحِنْطة إذا طُحنت ازداد دَقيقها على المتفرّق، ومعلوم أن الطحْنَ لا أثر له في زيادة القَدْر، فدلَّ أنه كان أزيد في الحِنْطة، فيتحقق الفضل من حيث القَدْر بالتَّجربة عند العقد، فيتحقق الرِّبا، وأما

---

(١) السويق: طعام يتخذ من مد قومة الحنطة والشعير. المعجم الوسيط (سوق).

(٢) المعقلي: نوع من أنواع التمر.

بيع الحِنْطَة المبلولة أو النديَّة بالندية، أو الرطبة بالرطبة، أو المبلولة بالمبلولة، أو اليَابسة باليابسة؛ وبيع التمر بالرُّطب، والرُّطب بالرُّطب أو بالتمر، والمنقع بالمنقع، والعنب بالزَّبيب اليابس واليابس بالمنقع، والمنقع بالمنقع متساوياً في الكيل فهل يجوز؟ قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: كل ذلك جائز، ، وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: كله جائز إلا بيع التَّمر بالرطب، ، وقال محمد ـ رحمه الله ـ: كله فاسدٌ إلا بيع الرُّطب بالرُّطب والعنب/ بالعنب، ٣/ ٩٤ب وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: كله باطلٌ.

ويجوز بيع **الكفرى**[١] بالتمر، والرطب بالبسر متساوياً ومتفاضلاً بالإِجماع؛ لعدم الجنس والكيل؛ إذ هو اسم لوعاء الطَّلع، فأبو حنيفة ـ رحمه الله ـ يعتبر المساواة في الحَالِ عند العقْد، ولا يتلفت إلى النُّقصان في المآل، ومحمد ـ رحمه الله ـ يعتبرها حالاً ومآلاً، واعتبار أبي يوسف مثل اعتبار أبي حنيفة، إلاَّ في الرطب بالتمر، فإِنه يفسده بالنص.

وأصل الشَّافعي ـ رحمه الله ـ ما ذكرنا في مسألة علَّة الربا؛ أن حُرْمة بيع المطعوم بجنْسه هي الأَصْل، والتَّساوي في المعيار الشَّرعي مع اليد مخلص، إلا أنه يعتبر التَّساوي ههنا في المعيار الشَّرعي في أعدل الأحوال، وهي حالة الجَفَاف.

واحتج أبو يوسف ومحمَّد بما رُويَ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبي وَقَّاص ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ «**إِنَّ رَسُولَ اللَّه ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْر**»، وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**إِنَّهُ يَنْقُصُ إِذَا جَفَّ**»[٢] بيَّن ـ عليه السلام ـ الحكم وعلَّته، وهي النُّقصان عند الجَفاف؛ فمحمد عدَّىٰ هذا

---

(١) الكُفُرَّى: وعاء طَلْع النخل. ترتيب القاموس (كفر)

(٢) أخرجه أبو داود(٣/ ٦٥٧ ـ ٦٥٨) كتاب البيوع: باب في التمر حديث (٣٣٦٠) والطحاوي (٤/ ٦) كتاب البيوع: باب بيع الرطب بالتمر والدارقطني (٣/ ٤٩) كتاب البيوع حديث (٢٠٣) والحاكم (٢/ ٣٨ ـ ٣٩) كتاب البيوع، والدارقطني (٣/ ٤٦) والبيهقي (٥/ ٢٩٤) كتاب البيوع: باب ما جاء في النهي عن بيع الرطب بالتمر، من طريق معاوية بن سلام عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد به.

قال الدارقطني: خالفه ـ أبي يحيى ـ مالك واسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وأسامة بن زيد رووه عن عبد الله بن يزيد ولم يقولوا نسيئة واجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث وفيهم إمام حافظ وهو مالك بن أنس.

وقال البيهقي: والعلة المنقولة في هذا الخبر تدل على خطأ هذه اللفظة وقد رواه عمران بن أبي أنس عن أبي عياش نحو رواية الجماعة ثم أخرجه من هذه الطريق.

وقد تعقبه ابن التركماني في الجوهر النقي ـ (٥/ ٢٩٥) فقال أخرج أبو داود، رواية يحيى ثم قال عقبها رواه عمران بن أبي أنس عن مولى بني مخزوم عن سعد نحوه. وظاهر هذا أن عمران رواه كرواية يحيى وعلى خلاف رواية الجماعة، ويوضح ذلك ما ذكره الطحاوي في مشكل الحديث فقال: حدثنا يونس ثنا ابن وهب الحديث السابق. ثم قال: فظهر بهذا أن عمران رواه على موافقة رواية يحيى ومخالفة رواية =

الحكم إلى حيث تعدت العلَّة، وأبو يوسف قَصَره على محل النصِّ؛ لكونه حكماً ثبت على خلاف القِيَاس.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ الكتاب الكريم والسنة المشهورة، أما الكتاب: فعمومات البيع من نحو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ﴾ [سورة البقرة، ٢٧٥] وقوله عز شأنه: ﴿يَأَيُّها الَّذينَ آمَنوا لاَ تَأْكُلوا أَموالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُم﴾ [سورة النساء، ٢٩] فظاهر النصوص يقْتَضي جواز كل بيع، إلا ما خُصَّ بدليل، وقد خص البيع متفاضلاً على المعيار الشَّرعي، فبقي البيع متساوياً علَى ظاهر العموم.

وأما السُّنة المشهورة: فحديث أَبِي سَعِيد الخُدْرِيِّ وَعُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ حَيْثُ جَوَّزَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْعَ الحِنْطَةِ بالحِنْطَةِ وَالشَّعِير بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْلٍ عَامّاً مُطْلَقاً مِنْ غير تخْصِيصٍ وتقييدٍ، ولا شكَّ أَن اسمَ الحنطةِ والشَّعير يقع على كل جِنْس الحنطة والشَّعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما؛ وكذلك اسم التَّمر يقع على الرُّطب والبسر؛ لأنه اسم لتمر النَّخل لغةً، فيدخل فيه الرُّطب واليابس **والمذنب**[1] والبسر والمنقع[2].

= الجماعة، وهذا السند أجل من السند الذي ذكره البيهقي، يونس هو ابن عبد الأعلى حافظ احتج به مسلم وهو أجل من الربيع، وهو المرادي، لأنه كان في عقله شيء حكاه ابن أبي حاتم عن النّسائي ولم يخرج له صاحباً الصحيح. وعمرو بن الحارث المصري الراوي عن بكير حافظ جليل وهو أجل من مخرمة بن بكير بلا شك لأن مخرمة ضعفه ابن معين وغيره، وقال ابن حنبل وابن معين:
لم يسمع من أبيه إنما وقع له كتابه، ومالك قد اختلف عليه في سند الحديث كما ذكره البيهقي، واختلف أيضاً على إسماعيل فروى عنه نحو رواية مالك، ذكره البيهقي وغيره، وروى الطحاوي عن المزني عن الشافعي عن ابن عيينة عن إسماعيل عن عبد الله بن يزيد عن أبي عياش الزرقي عن سعد الحديث، قال الطحاوي: وهذا محال، أبو عياش الزرقي صحابي جليل وليس في سنن عبد الله بن يزيد لقاء مثله، واختلف أيضاً على أسامة فرواه عنه ابن وهب نحو رواية مالك، ورواه الليث عن أسامة وغيره عن عبد الله بن يزيد عن أبي سلمة، وفي أطراف المزي رواه زياد بن أيوب عن علي بن غراب عن أسامة بن زيد عن عبد الله بن يزيد عن أبي عياش عن سعد موقوفاً، ولم يذكر الدارقطني ولا غيره فيما علمنا سند رواية الضحاك لينظر فيه، ولو سلم حديث هؤلاء من الاختلاف كان حديث يحيى بن أبي كثير أولى بالقبول من حديثهم لأنه زاد عليهم وهو إمام جليل، وزيادة الثقة مقبولة، كيف وفي رواية عمران بن أبي أنس التي ذكرناها ما يقوي حديثه وتبين أنه لم ينفرد به، ويظهر من هذا كله أن الحديث قد اضطرب اضطراباً شديداً في سنده ومتنه، وزيد مع الاختلاف فيه هو مجهول لا يعرف، كذا قال ابن حزم وغيره، وأخرج صاحب المستدرك هذا الحديث من طرق منها رواية يحيى ثم صحّحه ثم قال: لم يخرجه الشيخان لما خشيا من جهالة زيد، وفي تهذيب الآثار للطبري علل الخبر بأن زيداً انفرد به، وهو غير معروف في نقلة العلم) انتهى.

(١) المذنب: نوع من البسر، له ذَنَبٌ.

(٢) المنقع: التمر المنقع في اللبن.

وروي أن عَامِلَ خَيْبَرَ أَهْدَىٰ إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَمْراً جَنِيباً، فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ ـ: **«أَوَ كُلّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا»** وَكَانَ أَهْدى إِلَيْهِ رُطَباً، فقد أطلق عليه الصَّلاة والسلام اسم التَّمر على الرُّطب.

وروي: **«أَنَّهُ نَهَىٰ ـ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ ـ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ حَتَّىٰ يَزْهُوَ أَيْ يَحْمرَّ أَوْ يصْفرَّ»** وروي: «حتَّى يَحْمَارَّ أَوْ يَصْفَارَّ» والإحمرار والإصفرار من أَوْصَاف البُسْر، فقد أَطْلَقَ ـ عليه الصلاة والسلام ـ اسم التَّمر على البُسْر، فيدخل تحت النصِّ.

وأمَّا الحَدِيثُ فمداره على زيد بن عيَّاش، وهو ضعيف عند النَّقلة[1]، فلا يقبل في معارضة الكتاب والسُّنة المشهورة؛ ولهذا لم يقبله أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ في المنَاظَرة في معارضة الحَدِيث المشهور، مع أنه كان من صيَارفة الحديث، وكان من مذهبه تَقْديم الخبر ـ وإن كان في حد الآحاد ـ على القِيَاس، بعد أن كان راويه عدلاً ظاهر العَدَالة، أو بأدلة، فيحمله على بيع الرُّطب بالتمر نسيئة، أو تمراً من مال اليتيم، توفيقاً بين الدلائل، صيانةً لها عن التَّناقض، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك الذَّهب والفضَّة لا يجوزُ بيعُ كُلٍّ بجنسه، متفاضلاً في الوزن، سواءٌ اتفقا في النَّوع والصفة؛ بأن كانا مضروبين دراهم أو دنانير، أو مصوغين، أو تبرين جيدين أو رديئين، أو اختلفا للحَدِيث المشْهُور مثلاً بمثل، والفَضْل ربا، وأما متساوياً في الوزن متفاضلاً في النوع والصِّفة؛ كالمصوغ بالتبر والجيد بالرديء ـ فيجوز عندنا، ، وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: لا يجُوز بيع الجيد بالرَّديء؛ واحتج بالحديث المشهُور: «مِثْلاً بِمِثْلٍ» ولا مماثَلة بين الجيِّد والرديء في القِيمة.

وأما[2] الحديث المشهور: **«مِثْلاً بِمِثْلٍ»** فالمراد منه المَماثَلة في الوزْن؛ وكذا روي في بعض الروايات: «وَزْناً بِوَزْنٍ»، وقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«جيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ»**[3] وبه تبيَّن أن الجودة عند المقَابَلة بجنسها لا قيمة لها شرعاً، فلا يظهر الفَضْل، واللّحوم معتبرة

---

(١) زيد بن عياش، أبو عياش الزُّرقيُّ، ويقال المخزومي، ويقال: مولى بني زهرة المدني
روي عن سعد بن أبي وقاص
روى عنه عبد الله بن يزيد ـ مولى الأسود بن سفيان ـ وعمران بن أبي أنس السلميُّ.
روى له الأربعة حديثاً واحداً.
ينظر تهذيب الكمال (١٠/ ١٠١)، ميزان الاعتدال (٣/ ١٥٦) رقم(٣٠٢٦)، تهذيب التهذيب (٣/ ٤٢٣)، تقريب التهذيب (١/ ٢٧٦)، خلاصه تهذيب الكمال (١/ ٣٥٤)، الكاشف (١/ ٣٤١).

(٢) في أ: ولنا.

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٧)، وقال: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد المتقدم في الحديث الأول. وقال الحافظ من الدراية لم أجده (٢/ ١٥٦).

بأصُولها، فإنْ تجانس الأصْلاَن، تجانس اللَّحمان، فتراعى فيه المماثَلَة، ولا يجُوز إلا متساوياً.

وإن اختلف الأَصْلان، اختلف اللَّحمان، فيجوز بيع أحَدِهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً، بعد أن يكون يداً بيدٍ، ولا يجُوز نسيئةً؛ لوجود أحد وصفي علَّة ربَا الفضل وهو الوزْن.

إذا عرف هذا فنقول: لُحوم الإبل كلْها على اخْتِلاف أنواعها؛ من لحوم الغراب، والبخاتي[1]، والهجين[2]، وذي السنامين، وذي سنام واحد ـ جنس واحد؛ لأن الإبل/ كلها جنس واحدٌ، فكذا لحومها.

٣/ ١٩٥أ

وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحدٌ، ولحوم الغنم في الضَّأن والنَّعجة، والمعز، والتيس ـ جنس واحد؛ اعتباراً بالأصُول وهذا عندنا،، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: اللحوم كلها جِنْسٌ واحد، اتَّحدت أصولها أو اختلفت، حتى لا يجُوز بيْع لحم الإِبل بالبقر، والبقر بالغنم متفاضلاً.

وجه قوله: أن اللَّحمين استويا اسماً ومنفعة، وهي التَّغذي والتقوي، فاتَّحد الجنس، فلزم اعتبار المماثَلَة في بيع بعضها ببعض.

ولنا: أن أصُول هذه اللُّحوم مختلفة الجِنْس، فكذا اللُّحوم؛ لأنها فروع تلك الأصُول، واختلاف الأصْل يوجب اختلاف الفَرْع. قوله: الاسم شامل والمقصود متّحد، قلنا: المعتبر في اتِّحاد الجنس اتِّحاد المقْصُود الخاص لا العامْ، ألا ترى أن المطْعُومات كلها في معنى الطَّعم متَّحدة، ثم لا يجعل كلها جنساً واحداً؛ كالحنطة مع الشعير ونحو ذلك، حتى يجُوزَ بيْع أحدهما بالآخر متفاضلاً، مع اتحادهما في معنى الطَّعم، لكن لمَّا كان ذلك معنى عامّاً[3] يوجب اتِّحاد الجنس، كذا هذا.

وروي عن أبي يوسف: أنَّه يجوز بَيْعَ الطَّير بعضه ببعض متفاضلاً، وإن كانا من جنس واحدٍ؛ لأنه لا يوزَن عادة؛ وعلى هذا الباب: هذه الحَيَوانات حكمها حُكْم أصولها عند الاتِّحَاد والاختلاف؛ لأنها متفرِّعَةٌ من الأصُول، فكانت معتبرة بأصُولها؛ وكذا **خل الدقل**[4] مع خل العنب جِنْسَان مختلفان؛ اعتباراً بأصلهما، واللَّحم مع الشَّحم جنسان مختلفان؛ لاختلاف الاسْم والمنافع؛ وكذا مع الألْيَة، والألْية مع الشحم جنسان مختلفان؛ لما قلنا.

---

(١) البخاتي: الإبل الخراسانية، المعجم الوسيط (بخت)

(٢) الهجين: ضرب من النوق خفيف الجسم سريع السير. المعجم الوسيط (هجن).

(٣) في ط: عالم.

(٤) الدقلُ: أردأ التمر.

وشحْم البطن مع شحم الظَّهر جنسان مختلفان، وكذا مع الألَية بمنزلة اللَّحم مع شحم البطن والألَية؛ لأنه لحم سَمِين، وصُوف الشَّاة مع شعر المعز[١] جنسان مختلفان؛ لاختلاف الاسم والْمَنْفَعَة؛ وكذا غزل الصُّوف مع غزل الشَّعر، والقطن مع الكتان ـ جنسان مختلفان؛ وكذا غزل القطن مع غزل الكتَّان، ولا يجُوز بيع غزل القطن بالقطن متساوياً؛ لأن القطن ينقص بالغَزْل، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر؛ كبيع الدقيق بالحنطةِ.

وأما الحيوان مع اللَّحم؛ فإن اختلف الأَصْلان، فهما جنسان مختلفان كالشَّاة الحية مع لحم الإبل والبقر، فيجوز بيع الْبَعْض بالبعض مجازفة نقداً ونسيئةً؛ لانعدام الوزن والجِنْس، فلا يتحقَّق الربا أصلاً، وإن اتفقا؛ كالشاة الحية مع لَحْم الشاة من مشَايخنا من اعتبرهما جِنْسين مختلفين، وبنوا عليه جَواز بَيْع لحم الشَّاة بالشَّاة الحية مجازفة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعللوا لهما بأنه باع الجِنْس بخلاف الجِنْس.

ومنهم من اعتبرهُما جنساً واحداً، وبنوا مذهبهما على أن الشَّاة ليست بموزُونة، وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصْفَين الجنس مع القدْر، فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة ومفاضلة، بعد أن يكون يداً بيدٍ، وهو الصَّحِيحُ على ما عرف في الخِلاَفيات.

وقال مُحَمَّدٌ: لا يجُوز إلاَّ على وجه الاعْتِبار، وهو[٢] أن يكون وزْن اللحم الخَالصِ أكثر من اللَّحم الذي في الشَّاة الحية **بالحزر**[٣] والظن!، فيكون اللَّحم بإزاء اللحم، والزِّيادة بإزاء إخلاف الجِنْس من الأطراف، والسَّقط من الرأس والأكارع والجلد والشَّحم، فإن كان اللَّحم الخالص مثل قدر اللَّحم الذي في الشَّاة الحية، أو أقل، أو لا يدري ـ لا يجُوز.

وعلى هذا الخلاف؛ إذا باع الشَّاة الحية بشَحْم الشاة **أو بإليتها**، وهذا مذهب أصْحَابنا، ، وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: اللَّحوم كلها جنس واحدٌ، فلا يجوز بيع اللَّحم بالحَيَوان كَيْفَمَا كان، سواء اتَّفق الأَصْلان أو اختلفا، باع مجازفةً أو على طريق الاعتبار.

وأجمعوا على أنه لا يجُوز بيع الشَّاة بلحم الشَّاة نسيئةً؛ لوجود الجِنْس المحرم للنساء؛ لأن اللَّحم الخالص من جنس اللَّحم الذي في الشَّاة.

وأجمعوا على أنه لا يجُوز بيع دُهْن السِّمسم بالسمسم، إلا على طريق الاعتبار؛ وهو أن يكون الدُّهن الخَالِص أكثر من الدُّهن الذي في السِّمسم، حتى يكون الدّهن بإزاء الدّهن، والزائد بإزاء خلاف جِنْسه وهو الكَسْب؛ وكذلك دهن الجُوز بلب الجوز.

---

(١) في أ: الغنم.
(٢) في ط: على.
(٣) الحزر: التخمين.

وأما دُهن الجوز بالجُوز: فقد اختلف المشَايخ فيه: قال بعضهم: يجُوز مجازفة، وقال بعضُهم: لا يجُوز إلا على طريق الاعْتِبار، وأجْمعوا على أن بيع النّصال بالحَدِيد غير المصْنُوع ـ جائز مجازفة، بعد أن يكون يداً بيدٍ.

٣/ ٩٥ب أما الكلام مع الشّافعي ـ رحمه الله ـ؛ فهو بنىٰ مذهبه على أصْلٍ له ذكرناه/ غير مرة؛ وهو أن حُرْمة بيع مأكولٍ بجنسِه هو العَزيمة، والجواز عند التّساوي في المِعيار الشّرعي رخصة، ولا يعرف التّساوي بينَ اللّحم الخالص وبين اللحم الّذي في الشّاة، فيبقى على أصْل الحرمة، وقد أبْطَلنا هذا الأَصْل في علّة الربا.

وأمّا الكَلام مع أصْحَابنا، فوجه قول محمّد ـ رحمه الله ـ: أن في تجويز المجازفة ههنا احتمال الرِّبا، فوجب التحرُّز عنه ما أمكن، وأمكن بمراعاة طريق الاعْتِبار، فلزم مراعاته قياساً على بيع الدّهن بالسّمسم؛ والدّليل على أن فيه الرِّبا: أن اللّحم موزُون، فيحتمل أن يكون اللّحم المنزوع أقل من اللّحم الذي في الشّاة وزناً، فيكون شيءٌ من اللحم مع السّقط زيادة، ويحتمل أن يكون مثله في الوزْن، فيكون السّقط زيادة، فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرُّزاً عن الربا عند الإمكان؛ ولهذا لم يجُز بيع دهن السمسم بالسّمسم[1]، والزيت بالزّيتون، إلا على طريق الاعتبار، كذا هذا.

ولهذا قلنا: أن هذا بيع الموزُون بما ليس بموزُون، يداً بيد، فيجوز مجازفة ومفاضلة؛ استدلالاً ببيع الحديد الغير المصْنُوع بالنّصال مجازفةً ومفاضلة؛ يداً بيدٍ، ودلالة الوصْف: أن اللحم المَنْزُوع وإن كان موزوناً ـ فاللّحم الذي في الشّاة ليس بموزُون؛ لأن الموزون ما له طَريق إلى معرفة مقدار ثقله، ولا طريق إلى معرفة ثقل اللّحم الذي في الشّاة؛ لأن الطريق إما أن يكون الوزْن بالقبّان، وإما أن يكون الاستدلال بالتّجربة، وإما أن يكون بالحزر والتخمين من غير تفاوت فاحِش، وشيء من ذلك لا يصْلُح طريقاً لمعرفة مقدار اللّحم الذي في الشّاة.

أما الوزن بالقَبّان؛ فلأن الشّاة لا توزن بالقَبّان عرفاً ولا عادة، ولو صلح الوزن طريقاً لوزن، لأن إمكان الوزن ثابت، والحاجة إلى معرفة مقدار اللّحم الذي فيها ماسة؛ حتى يتعرف المشْتَري ذلك **بالجسّ** وَالمسّ باليد، والرفع من الأرض ونحو ذلك، ولأن الحيَّ يثقل بنفسه مرة ويخف أخرى، فيختلف وزنه، فدلّ أن الوزن لا يصْلُح طريق المعرفة.

وأما التَّجربة؛ فإن ذلك بالذّبح، ووزن المذبوح ليعرف اللّحم الذي كان فيها عند العَقْد بطريق الظهور لا يمكن؛ لأنّ الشّاة تحتمل الزّيادة والنقصان، والسمن والهزال، ساعة فساعة، فلا يعرف به مقْدار ثقله حالة العَقْد بالتجربة.

(١) في ط: الدهن بالسمسم.

وأما الحزر والظّن؛ فإنه لا حزر لمن لا بَصَارة له في هذا البَاب، بل يخْطِئ لا محالة، ومن له بَصَارة يغلط أيضاً ظاهراً وغالباً، ويظهر تفاوت فاحش؛ فدل أنه لا طريق لمعرفة اللَّحم الذي في الشَّاة الحيَّة، فلم يكن موزوناً، فلا يكون محلاً لربا الفضل، بخلاف بيع دُهن السِّمسم بالسمسم، لأن ذلك بيع الموزُون بالموزون؛ لأنه يمكن معرفة مقْدَار الدّهن في السِّمسم بالتّجربة؛ بأن يوزن قَدْر من السِّمسم فيستخرج دهنه، فيظهر وزْن دهنه الذي في الجملة بالقِيَاس عليه، أو يعصر الجملة فيظهر قدْر الدّهن الذي كان فيها حالة العَقْد، أو يعرف بالحزر والتَّخمين أنه كم يخرج من الدُّهن من هذا القَدْر، من غير تفاوت فاحش يلحق الضّرر بأحد العاقدين، فكان ذلك بيع الموْزُون بالموزون مجازَفةً، فلم يجز؛ لاحتمال الرِّبا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو باع شاةً مذبوحة غير مسْلُوخة بلحم شَاةٍ ـ لا يجوز إلا على طريق الاعتبار بالإِجْمَاع؛ لأن اللَّحم الذي في الشَّاة المذبوحة موزون، فقد باع الموزُون بجنسه وبخلاف جنسه، فيراعي فيه طريق الاعتبار، بخلاف اللَّحم الذي في الشَّاة الحية؛ فإنه غير موزُون لما قلنا، فلم يتحقَّق الرِّبا، فجازت المجَازَفة فيه.

ولو باع شاة حيَّة بشاة مذبوحة غير مسْلُوخة مجازفةً ـ جاز بالإِجماع، أما عِنْدَهما، فظاهر؛ لأنه باع الموزُون بما ليس بموزُون، فلا يتحقَّق الربا؛ كما لو باع شاة حيَّة بلَحْم الشاة، وأما عند محمد؛ فلأن اللَّحم يقابل اللَّحم، وزيادة اللَّحم في إحداهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الأُخرى، فلا يتحقَّق الربا.

وكذلك لو باع شاتين حيَّتين بشاة واحدةٍ مذْبُوحة غير مسْلوخة ـ جاز بالإِجماع على اخْتِلاف الأصلين، ولو باع شاتين مذبوحَتَيْن غير مسْلُوخَتين، بشاة واحدةٍ مذبوحة غير مسْلُوخةٍ ـ يجوز، ويكون اللَّحم بمقابله اللَّحم، وزيادة اللحم في أحد الجانبين مع السَّقط يكون بمقابلةِ سقط/ الأُخرى. ٣/ ١٩٦أ

ولو باع شاتين مذْبُوحتين مسْلُوختين، بشاةٍ واحدةَ مذْبوحَةٍ غير مسلوخةٍ ـ يجوز، ويقابل اللَّحم باللحم ومقابل اللّحم من المسلوختين بمقَابَلةِ سقط الأُخرى.

ولو باع شاتين مذْبُوحتين غير مَسْلُوخَتَيْن، بشاة مذبوحةٍ مسْلُوخة ـ لا يجوز؛ لأن زيادة اللحم من غير المسْلُوختين مِع السّقط لا يقابله عِوَض، فيكون رباً، ولو باع شاتين مسْلُوختين بشاة مسلوخَةٍ، لا يجُوز؛ لأَنهما مالان جمعهما الوَزْن، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مفاضلةً ومجازفة؛ حتى لو كانا مستَوِيَيْن في الوزن، يجوز يداً بيدٍ.

ولا يجوز بيع الزَّيت بالزيتون، ودهن الكتَّان بالكتَّان، والعصير بالعنب والسَّمن بلبن فيه

سَمْن، والصوف بشاةٍ على ظهرها صُوف، واللبن بحيوانٍ في ضرعه لَبَن من جنسه، والتَّمر بأرض ونَخْل عليه تمر، والحنطة بأرضٍ فيها زَرْعُ قد أدرك؛ ونحو ذلك من أموال الرِّبا؛ حتى يكون المفرد أكثر من المجمُوع؛ ليكونَ المثل بالمِثْل والزيادة بمقابلة خلاف الجِنْس، وسنذكر أجْنَاس هذه المَسَائل في مواضعها إن شاء الله تعالى.

هذا إذا قُوبل بدلٌ من جنس ببدلٍ من جنسه، أو ببدلين من جنسه، أو من خلاف جِنْسه، فأما إذا قوبل أَبدال من جِنْسين مختلفين، بأبدال من جِنْسَين مختلفين، فإن كان من غير أموال الرِّبا، فلا شك أنه يجُوز، وتقسم الأبدال من أحد الجَانبين بالأبدال من الجانب الآخَرِ قسمةَ توزيع وإِشاعة؛ من حيث التَّقويم، وإن كان من أموال الرِّبا، فيَجُوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة، ويصرف الجنس إلى خلاف الجِنْس، فيقسم قسمةَ تصحيح لا قسمة إِشاعة وتوزيع،، وعند زفر والشَّافعي: لا يجُوز، ويقسم قسمة تَوْزيع وإِشاعة من حيث القيمة؛ كما في غير أموال الرِّبا.

وبيان ذلك في مسائل: إذا باع كُرّ حنطة وكُرّ شعير بكرَّىْ حنطة وكرَّىْ شعير ـ جاز عند عُلَمائنا الثلاثة، وتصرف الحِنْطة إلى الشَّعير، والشَّعير إلى الحنطة، وعندهما: لا يجوز؛ وكذلك إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين وديناريْن، ويصرف الدّرهم إلى الدِّينارين، والدِّينار إلى الدرهمين.

وجه قول زفر والشافعي: أن هذا بَيْع ربا، فلا يجوز؛ كبيع الدِّرهم بالدرهمين والدِّينار بالدينارين؛ ودلالة الوصف: أنه قابل الجملة بالجملة مطلقاً، ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقْتَضي انقسام كل بدلٍ من أحد الجانبين، بجميع الأَبدال من الجَانِب الآخر على سبيل الشّيوع من حيث القِيمَة، إذا كانت الأَبدال مختلفة القِيَم؛ استدلالاً بسائر البياعات في غير أموال الرِّبا، فإنه إذا باع عَبْداً وجارية بفرسٍ وثوب، وقيمتهما مختلفة ـ يقسَم العبد على قيمة الفرسِ والثَّوب.

وكذا الجارية، حتى لو وجد بواحدٍ من الجملة عيباً يردّه بحصَّته من البدلين؛ وكذا لو استحق واحدٌ منهما يردّه بحصَّته من البدَلَين على البَائع؛ وكذا لو كان أحد البَدَلَيْن داراً، فالشَّفيع يأخذها بحصتها من البَدَلين، فكان التَّقسيم ـ علَى الوجه الذي قلنا ـ هو الموجب الأَصْلي في البَيَاعَات كلِّها، والانقسام على هذا الوَجْه في أموال الرِّبا يحقق الرِّبا؛ لأنه يصير بائعاً كُرّ حنطة وكُرَّىْ شعير، بكُرَّى شعير وبِكُرّ حِنطة، فيتحقَّق الرِّبا، على أنه إن لم يتحقَّق الرِّبا، ففيه احتمال الرِّبا، وأنه مفسد للعقد؛ كبيع **الصُّبرة** بالصُّبرة مجازفة.

ولنا: عمومات البيع من غير فَصْل؛ فمن ادَّعى التخصيص، فعليه الدَّليل؛ ولأن المتَعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة، والمطلق يتعرَّض للذَّات لا للصِّفات والجهات، فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عيناً، ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عيناً فلا يتحقَّق الرِّبا؛ لأنه

اسم لفضلِ مال في مقابلة الجِنْس بالجنس عيناً ولم يوجد، أو نقول: مطلق المقَابَلة تحتمل مقابلة الجِنْس بالجنس، على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم، وتحتمل مقَابَلة الجنس بخلاف الجِنْس؛ لأن كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة، إلا أنا لو حملناه على الأوّل يفسد العقد؛ ولو حملناه على الثّاني، لصحّ، فالحمل على ما فيه الصِّحة أولى.

وقوله: موجب البيع المطْلَق المشتمل على/ إبدال من الجَانِبَيْن، انقسام كل بدلٍ من أحد الجانبين على جَمِيع الأَبدال من الجانب الآخر، على الشُّيوع من حَيْثُ التَّقويم، قلنا: ممنوع؛ لأن هذا مُوجب العَقْد المطْلَق في موضع، في مسائل البَيَاعَاتِ في غير أموال الرِّبا ما ثبت الانْقِسام موجباً له، بل بحكم المعاوضَة والمسَاواة في الأَبدال؛ لأنهما لمَّا أطلقا البيْع وهو يشتمل على إبدال من الجانبين من غير تَعْيين مقابلة البَعضِ بالبَعْضِ، وليس البعض بأولى من البَعْض في التَّعيين، فلزم القول بالإِشاعة، والتَّقسيم من حيث القيمة حكماً للمعاوضَة والمساواة، وعند تحقُّق الضَّرورة، وهي ضرورة الردّ بالعيب بالإِشاعة، والرجوع عند الاستِحْقَاق؛ ونحو ذلك، فلا يثبت الانْقِسَام عند القيمة. قبل تحقُّق الضَّرورة على ما عرف.

وقوله: فيه احتمال الرِّبا، قلنا: احتمال الربا ههنا يوجِبُ فساد العقد عند مقابله الجِنس بالجنس عيناً؛ كما في بيع الصُّبرة بالصُّبرة لا على الإطلاق؛ لأن عند مقابلة الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشْروطة، ولم توجد ههنا، فلا توجب الفَسَاد، وعلى هذا، إذا باع ديناراً ودرهمين بدرهمين وديناريِن ـ أنه يجوز عندنا، ويكون الدِّينار بالدِّرهمين، والدِّرهمان بالدِّينارين.

وكذا إذا باعَ دِرْهَمَينِ وَدِيناراً بدينارين ودرهم ـ يجوزُ عندنا؛ بأن يجعل الدِّرهَمانِ بالدينارين والدينار بالدرهم؛ وكذا إِذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار ـ أنه جائز عندنا، وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة، والخَمسة الأخرى بمقابلة الدينار؛ وكذلك إِذا باع أحد عشر درهماً بعَشْرة دراهم ودينار ـ جاز عندنا، وكانت العشرةُ بمِثْلِها، ودينار بدرهم.

وكذلك قَالَ أبو حنيفة ـ عليه الرحمةُ ـ: أنَّه إذا بَاعَ مِائةَ دِرْهَم ودينار بألفِ درهم ـ يجوز ولا بأس به، وتكون المائة بمقابلة المائة، والتسعمائة بمقابلة الدِّينارَ، فلا يتحقق الربا.

وكذا روي عن محمد أنه قال: إذا باع الدَّراهم بالدَّراهم، وفي أحدهما فَضْل من حيث الوزن، وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس ـ فهو جائزٌ في الحكم، ولكني أكْرَهه. فقيل [له][1] كيف تجده في قلبك؟ قال: أجده مثل الجَبَل.

---

(١) سقط من ط.

٣/٩٦ب

والحاصل: أنه ينظر إِلى ما يقابل الزيادة من حيث الوَزْن من خلاف الجنس، إن بلغت قيمته قيمة الزِّيادة، أو كانت أقلّ منها مما يتغابن النَّاس فيه عادة ـ جاز البيع من غير كراهة؛ وإن كانت شيئاً قليل القيمة، **كفلس** وجوزة ونحو ذلك ـ يجوز مع الكراهة؛ وإن كان شيئاً لا قيمة له أصلاً ككف من تراب ونحوه ـ لا يجوز البيع أصلاً؛ لأن الزيادة لا يقابلها عوض، فيتحقّق الربا.

فصل [في شرائط جريان الربا]

وأما شرائط جريان الرِّبا، فمنها: أن يكون البدلان مَعْصُومين؛ فإِن كان أحدهما غير معصُوم، لا يتحقَّق الربا عندنا.

وعند أبي يوسف: هذا ليس بشرطٍ، ويتحقق الربا.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا دخل مُسْلم دارَ الحرب تاجراً، فبايع[1] حربيّاً درهماً بدرهمين، أو غير ذلك من سائر البيوع الفَاسِدة في حكم الإِسلام ـ أنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، ، وعند أبي يوسف: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف المسلم الأسير في دار الحَرْب، أو الحربيّ الذي أسلم هناك ولم يهاجر إِلينا، فبايع أحداً من أهل الحرب.

وجه قول أبي يوسف: أن حرمة الرِّبا كما هي ثابتة في حق المسْلمين، فهي ثابتة في حق الكُفَّار؛ لأنهم مخاطبون بالحُرمات في الصّحيح من الأقوال[2]، فاشتراطه في البيْع يوجب فساده؛ كما إذا بايع المسلم الحربي المسْتَأمن في دار الإِسلام.

---

(١) في ط: فباع.

(٢) ويظهر أثر ذلك الخلاف في الفروع الفقهية يظهر فيما لو قال شخص لزوجته إن خالفت نهيي فأنت طالق ثم أمرها بشيء كأن قال لها مثلاً قومي فقعدت. فإن من ذهب إلى أن الأمر بالشيء يدل على النهي عن ضده يقول إنها قد خالفت نهيه لأن أمرها بالقيام يدل على النهي عن القعود، فإذا قعدت تكون قد خالفت نهيه فيقع الطلاق المعلق لحصول المعلق عليه وهو مخالفتها نهيه.
ومن ذهب إلى أن الأمر بالشيء لا يدل على النهي عن ضده يقول إن هذا الطلاق لا يقع لأن المعلق عليه، وهو مخالفة نهيه لم يحصل، لأن أمرها بالقيام لا يدل إلا على طلب القيام فقط ولا دلالة له على النهي عن القعود. فلم يكن قعودها مخالفاً لنهيه الذي علق الطلاق عليه وإنما هو مخالف لأمره ولم يعلق الطلاق على مخالفته. فلا يقع الطلاق ـ وإن خالفت أمره لأنه لم يعلق على مخالفته ـ لعدم مخالفتها نهيه التي علق الطلاق عليها؛ لأنه لم يكن منه نهي حتى يكون قعودها مؤدّياً لما علق الطلاق عليه.
ينظر: دراسات في أصول الفقه ص (١١٣)

ولهما: أن مال الحربي ليس بمعصوم، بل هو مباح في نفسه، إلا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رِضَاه؛ لما فيه من الغدر والخِيانَة، فإذا بدله باختياره ورضَاه فقد زالَ هذا المعنى، فكان الأخذ استيلاء على مالٍ مباح غير مَمْلوك، وأنه مشروع مفيد للملك، كالاستيلاء على الحَطب والحَشيش، وبه تبين أن العقد ههنا ليس بتملُّك، بل هو تحصِيل شرط التملُّك وهو الرضا؛ لأن ملك الحربيّ لا يزول بدونه، وما لم يزل ملكه لا يقع الأخْذُ تملُّكاً، لكنه إذا زال فالملك المسْلِم يثبت بالأُخْذ والاستيلاء لا بالعقد، فلا يتحقَّق الرِّبا، لأن الرِّبا اسم لفضل يستفاد بالعقد، بخلاف/ المسلم إذا باع حربيّاً دخل دار الإسلام بأمانٍ، لأنه استفاد العِصْمَة بدخوله دار الإسلام بأمان، والمال المعصُوم لا يكون محلاًّ للاستيلاء، فتعيَّن التملك فيه بالعَقْد، وشرط الرِّبا في العقد مفْسد [له][1]. ٣/١٩٧أ

وكذلك الذّمي إذا دخل دار الحَرْب، فباع حربيّاً درهماً بدرهمين أو غير ذلك في البيوع الفاسدة في الإسلام، فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا؛ لأنَّ ما جاز من بيوع المسْلمين جاز من بيوع أهل الذِّمة، وما يبطل أو يفْسد من بيوع المسْلمين يبطل أو يفسد من بُيُوعهم، إلا الخمر والخنزير على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

ومنها أن يكون البَدَلاَن **متقوّمين** شرعاً؛ وهو أن يكونا مضمونَيْن حقّاً للعبد، فإن كان أحدهما غير مضْمُون حقّاً للعبد، لا يجري فيه الرِّبا.

وعلى هذا الأَصل يخرج ما إذا دخل المسلم دارَ الحَرْب، فبايع رجلاً أسلم في دار الحَرْب ولم يهاجر إلينا درهماً بدرهمين، أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الإسلام ـ أنه يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز؛ لأن العصمة وإن كانت ثابتة، فالتقوُّم ليس بثابت عنده، حتى لا يضمن نفسه بالقِصَاص ولا بالدِّيَة عنده، وكذا ماله لا يضْمن بالإتلاف؛ لأنه تابع للنفس، وعندهما: نفسه وماله معصُومان متقوّمان، المسألة تأتي في كتاب السِّير.

ولو دخل مسلمان دار الحرب، فتبايعا درهماً بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة في دار الإسلام ـ لا يجوز؛ لأن مال كل واحد منهما معْصُوم متقوم، فكان التملُّك بالعَقْد، فيفسد بالشَّرط الفاسد.

ولو أسلم الحربيُّ الذي بايع المسلم، ودخل دار الإسلام، أو أسلم أهل الدار ـ فما كان من ربا مقبوض، أو بيع فاسد مقبوض ـ فهو جائزٌ ماض، وما كان غير مقبوض يبطل؛ لقوله تعالى: ﴿يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا الله وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [سورة البقرة، ٢٧٨]

---

(١) سقط من ط.

أمرهم سبحانه وتعالى بترك ما بقي من الرِّبا، والأمر بترك ما بقي من الربا نهيٌ عن قبضه، فكأنه تعالى قال: اتركوا قبْضَه، فيقتضي حُرْمة القبض.

وروي عن النبي - ﷺ - أنه قال: «**كُلُّ رِباً فِي الجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ تَحْتَ قَدَمِي**»(١) والوضع عِبَارة عن الحطّ والإسقاط، وذلك فيما لم يقبض؛ ولأن بالإسلام حرَّم ابتداء العقد، فكذا القَبْض بحكم العقد؛ لأنه تقرير العَقْد وتأكيده، فيشبه العقد، فيلحق به، إذ هو عقد من وجه، فيلحق بالثَّابت من كل وجهٍ في باب الحُرُمات احتياطاً، ومتى حرم القبض، لم يكن في بقاء العقد فائدة.

ومنها: أَلاَّ يكون البَدَلاَنِ ملكاً لأحد المتبايعين؛ فإن كان، لا يَجْري الرِّبا؛ وعلى هذا يخرج العبد المأذون إذا بايع(٢) مولاه درهماً بدرهمين، وليس عليه دينٌ - أنه يجوز؛ لأنه إذا لم يكن عليه دَيْن فما في يده لِمَوْلاَه، فكان البدلان مِلْك المولى، فلا يكون هذا بيعاً، فلا يتحقَّق الرِّبا؛ إذ هو مختص بالبِيَاعات.

وكذلك المتعاوضات إذا تبايعَا درهماً بدرهمين يجوز؛ لأن البدل من كل واحدٍ منهما مشترك بينهما، فكان مبادلة ماله بماله، فلا يكون بيعاً ولا مبادلة حقيقةً؛ وكذلك الشَّريكان شركة **العنان** إذا تبايعا درهماً بدرهمين من مال الشَّركة - جاز؛ لما قلنا.

ولو تبايعا من غير مَال الشَّركة، لا يجوز؛ لأنهما في غير مال الشَّركة أجنبيَّان، ولو كان على العبد المأْذُون دين، فباعه مولاه درهماً بدرهمين - لا يجُوز بالإجماع، أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فظاهرٌ؛ لأن المولى لا يملك كسْب عبده المأذون المدْيون عنده، فلم يجتمع البَدَلان في ملك واحد،، وعندهما: وإن كان يملك لكن ملكاً محجوراً عن التصرُّف فيه؛ لتعلق حق **الغُرَمَاء** به فكان المولى كالأجْنَبي عنه؛ وكذلك المولى إذا عاقد مكاتبه عقد الرِّبا، لم يجز؛ لأن المكاتب في حق الاكتساب ملحق بالأحْرار؛ لانقطاع تصرُّف المولى عنها، فأشبه الأجانب.

وأما إسلام المتبايعين، فليس بشرطٍ؛ لجريان الرِّبا، فيجري الرِّبا بين أهل الذمة وبين المسلم والذِّمي؛ لأن حرمة الرِّبا ثابتة في حقِّهم؛ لأن الكُفار مخاطبون بشائعَ هي حرمات، إن لم يكونوا مخاطبين بشرائع هي عبادَات/ عندنا، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالبَاطِلِ﴾ [سورة النساء، ١٦١]. ٣/٩٧ب

---

(١) تقدم في كتاب الحج.

(٢) في ط: باع.

وروي أن رسول الله ـ ﷺ ـ كَتَبَ إِلَىٰ مَجُوسِ هَجَر: «**إِمَّا أَنْ تَذَرُوا الرِّبَا، أَوْ تأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ**» وهذا في نهاية الوعيد، فيدُلُّ على نهاية الحُرْمة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الخلو عن احتمال الربا، فلا تجوز المجَازَفة في أموال الرِّبا بعضها ببعض؛ لأن حقيقة الرِّبا كما هي مفْسَدة للعقد، فاحتمال الرِّبا مفسد له أيضاً لقول عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ: ما اجتمع الحَلاَل والحرام في شيءٍ إلا وقد غَلَب الحرام الحلال.

والأَصل[1] فيه: أن كلَّ ما جازت فيه المفَاضَلةُ جاز فيه المجازَفةُ، وما لا فلا؛ لأَن التَّماثل والخلو عن الرِّبا فيما يجري فيه الرِّبا، لمَّا كان شرط الصِّحة، فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجَازَفة، فيقع الشَّك في وجود شرط الصِّحة، فلا تثبت الصِّحة على الأَصل المعهود في الحُكم المعلّق على شَرْط، إذا وقع الشَّك في وجود شَرْطه ـ أنه لا يثبت؛ لأَن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشّك؛ كما أن الثَّابت بيقين لا يزولُ بالشَّك.

وبيان هذا الأَصل في مسائل: إذا تبايعا حنطة بحنطةٍ مجازفة، فإن لم يعلما كيلهما، أو علم أحدُهما دون الآخر، أو علما كيل أحدِهما دون الآخر ـ لا يجوز؛ لما قلنا، وإن علم استواؤهما في الكَيْل؛ فإن علم في المجلس، جاز البيع؛ لأَن المجلس وإن طال، فله حكم حالة العَقْد، فكأنه عند العقد؛ وإن علم بعد الافتراق، لم يجز، ، وقال زفر: يجُوز علم قبل الافتراق أو بعده.

وجه قوله: أن الحاجَة إلى الكيل عند العَقْد لتحقق المساواة المشْروطة، وقد تبيَّن أنها كانت ثابتة عنده.

ولنا: أن علم المتعاقدين بالمسَاواة عند العَقْدِ شرط الصِّحة، ولم يوجد؛ والدَّليل على أن العلم عند العقد شَرْط الصِّحة: أن الشَّرع ألزم رعاية المماثلة عند البَيْع بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**الحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ**»[2] أي: بيعوا الحِنْطة بالحنطة مِثْلاً بمثل، أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلا بدَّ وأن تكونَ المماثلة معلومةً لهما عند البيع؛ لتمكنهما من رعاية هذا الشَّرط.

وكذا لو كان بين رَجُلين حنْطة فاقتسماها مجازفةً ـ لا يجوز؛ لأَن القسمة فيها معنى المبادلة، فيشبه البيع، ولا يجوز البيع فيها مجازفةً، فكذا القسمة، ولو تبايعا حنطة بحنطة،

---

(١) في أ: والأفضل.

(٢) تقدم.

وزناً بوزن متساوياً في الوزن ـ لم يجز؛ لأَن الحنطة مكيلة، والتساوي في الكيل شَرْط جواز البيع في المكيلات، ولا تعلم المساواة بينهما في الكيل، فكان بيع الحِنطة بالحنطةِ مجازفة.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه إِذا غلب استعمال الوَزْن فيها، تصير وزنيَّة، ويعتبر التَّساوي فيها بالوزْن، وإِن كانت في الأَصل كَيلية.

وعلى هذا تخرج **المزابنة والمحاقلة** أنهما لا يجُوزان؛ لأَن المزابنة بيع التَّمر على رُؤوس النَّخل، بمثل كيله من التمر **خَرْصاً**، لا يدْري أيهما أكثر، والزَّبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر، والمحاقلة بيع الحبِّ في السنبل بمثل كيله من الحِنْطَة خرصاً، لا يدري أيهما أكثر، فكان هذا بيعُ مال الرِّبا مجازفةً؛ لأنه لا تعرف المساواة بينهما في الكَيْل.

وقد روي عن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ؛ أن رسُول الله ـ ﷺ ـ **«نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ المُزَابَنَة وَالمُحَاقَلَةِ»**[1]، وفسر محمد ـ رحمه الله ـ المزابنة والمحاقلة في «الموطأ» بما قلنا،

(١) ورد النهي عن المزابنة من حديث أبي هريرة. وابن عمر. وابن عباس، وجابر، وزيد بن ثابت، ورافع بن خديج. وسهل بن أبي خثمة، وأبي سعيد الخدري، وسعد بن أبي وقاص، وأنس بن مالك، ورجل من الصحابة.

حديث أبي هريرة:

أخرجه أحمد (٢/ ٣٩٢، ٤١٩، ٤٨٤)، ومسلم (٣/ ١١٧٩): كتاب البيوع: باب كراء الأرض، الحديث (١٠٤/ ١٥٤٥). والترمذي (٣/ ٥٢٧): كتاب البيوع: باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، الحديث (١٢٢٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار(٤/ ٣٣) كتاب البيوع: باب العرايا، عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة».

حديث ابن عمر:

أخرجه أحمد (٢/ ٥). والبخاري (٤/ ٣٨٤): كتاب البيوع: باب بيع المزابنة، الحديث (٢١٨٥)، ومسلم (٣/ ١١٧١): كتاب البيوع: باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، الحديث (٧٢/ ١٥٤٢)، وأبو داود (٣/ ٦٥٨): كتاب البيوع: باب في المزابنة الحديث (٣٣٦١)، والنسائي (٧/ ٢٦٦): كتاب البيوع: باب بيع الكرم بالزبيب، وابن ماجه (٢/ ٧٦١ ـ ٧٦٢): كتاب التجارات: باب المزابنة والمحاقلة، الحديث (٢٢٦٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٣): كتاب البيوع: باب العرايا، عنه: «أن رسول الله ﷺ ـ «نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً».

وحديث ابن عباس:

أخرجه أحمد (١/ ٢٢٤)، والبخاري (٤/ ٣٨٤): كتاب البيوع: باب بيع المزابنة، الحديث (٢١٨٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٣): كتاب البيوع: باب العرايا، عنه قال: «نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن المحاقلة والمزابنة».

ـ حديث زيد بن ثابت:

أخرجه أحمد (٥/ ١٩٠)، والترمذي (٣/ ٥٩٤): كتاب البيوع: باب ما جاء في العرايا والرخصة في =

....

= ذلك، الحديث (١٣٠٠)، كلاهما من حديث ابن إسحاق، حدثني نافع عن ابن عمر، عن زيد بن ثابت قال: «نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن المحاقلة والمزابنة» لفظ أحمد.
ثم قال الترمذي:
(هكذا رواه محمد بن إسحاق، ورواه أيوب وعبيد الله بن عمر، ومالك عن نافع، عن ابن عمر: «أن النبي ـ ﷺ ـ نهى عن المحاقلة والمزابنة»، وبهذا الإسناد عن ابن عمر عن زيد بن ثابت، عن النبي ـ ﷺ: «أنه رخص في العرايا فيما دون خمسة أوسق» وهذا أصح من حديث ابن إسحاق).
حديث رافع بن خديج:
أخرجه ابن ماجه من طريق طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب، عن رافع ابن خديج قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة».
وأخرجه أحمد (٤/ ١٤٠)، والبخاري (٥/ ٥٠): كتاب المساقاة: باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، الحديث (٢٣٨٣)، ومسلم (٣/ ١١٧٠ ـ ١١٧١): كتاب البيوع: باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، الحديث (٧٠/ ١٥٤٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢٩ ـ ٣٠): كتاب البيوع: باب العرايا، من حديث بشر بن يسار أن رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة حدثاه: «أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى عن المزابنة بيع الثمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم».
وأخرجه البخاري (٤/ ٣٨٧): كتاب البيوع: باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة، الحديث (٢١٩١)، ومسلم (٣/ ١١٧٠ ـ ١١٧١): كتاب البيوع: باب التحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، الحديث (٦٨/ ١٥٤٠)، وأبو داود (٣/ ٦٦١): كتاب البيوع: باب في بيع العرايا، الحديث (٣٦٦٣)، والترمذي (٣/ ٥٩٦): كتاب البيوع: باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك، الحديث (١٣٠٣)، والنسائي (٧/ ٢٦٨): كتاب البيوع: باب العرايا بالرطب، من جهة بشير، فقال: سمعت سهل ابن أبي حثمة: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص بالعرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً».
حديث أبي سعيد:
أخرجه أحمد (٣/ ٦، ٨، ٦٠). والدارمي (٢/ ٢٥٢): كتاب البيوع: باب في المحاقلة والمزابنة، والبخاري (٤/ ٣٨٤): كتاب البيوع: باب بيع المزابنة، الحديث (٢١٨٦) ومسلم (٣/ ١١٧٩): كتاب البيوع: باب كراء الأرض، الحديث (١٠٥/ ١٥٤٦)، والنسائي (٧/ ٣٩): كتاب المزارعة: باب النهي عن كراء الأرض، وعنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة اشتراء الثمر بالتَّمر على رؤوس النخل، والمحاقلة كراء الأرض».
ـ حديث أنس بن مالك:
أخرجه البخاري (٤/ ٤٠٤): كتاب البيوع: باب بيع المخاضرة، الحديث (٢٢٠٧).
عنه قال: «نهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة».
حديث رجل من الصحابة أو بعض أصحاب النبي ـ ﷺ ـ: أخرجه أحمد (٥/ ٣٦٤). ومسلم (٣/ ١١٧٠): كتاب البيوع: باب تحريم بيع الرطب بالتمر في العرايا، الحديث(٦٧/ ١٥٤٠) و(٦١/ ١٥٤٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٣٠): كتاب البيوع: باب العرايا، والبعض المذكور هو سهل بن =

وهو كان إماماً في اللغة كما كان إماماً في الشَّريعة، وقال: كذلك الجواب إذا كان أكثر من خمسة **أَوْسُق**، فأما دون خمسة أوسق، فلا بأس به؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله ـ ﷺ ـ «رَخَّصَ في بَيْعِ العَرَايَا بِالتَّمْرِ فيما دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ» فقد رخَّص رسول الله ـ ﷺ ـ من جملة ما حرَّم من المزابنة ما دون خَمْسة، والمرخّص من جملة ما حرم يكون مباحاً.

وتفسير **العرية** عندنا: ما ذكره مالك بن أنس في «الموطأ» ـ رضي الله عنه ـ، وهو أن يكون لرجل نخيل، فيعطي رجلاً منها ثمرة نخلة أو نَخْلَتين. يلقطهما لعياله، ثم يثقل عليه دُخُوله حائطه، فيسأله أن يجَّاوز له عنها على أن يغطيه بمكيلتها تمراً عند إصرام النَّخل/ ، ١٩٨/٣أ وذلك ما لا بأس به عندنا؛ لأنه لا بَيْع هناك، بل التَّمر كله لصاحب النخل، فإن شاء سلم له ثمر النَّخل، وإن شاء أعطاه بمكيلتها من التَّمر، إلا أنه سماه الرَّاوي بيعاً؛ لتصوّره بصوَرِ البيع، لا أن يكون بيعاً حقيقةً، بل هو عطيةٌ.

أَلا تَرَىٰ أَنَّهُ لَمْ يملكه المعرّى له؛ لانعدام القَبْض فكيف يجعل بيعاً؛ ولأَنه لو جعل بيعاً، لكان بيع التَّمر بالتمر إلى أجل، وأنه لا يجُوز بلا خلاف، دلَّ أن العريَّة المرخص فيها ليست ببيْع حقيقة، بل هي عطية؛ ولأن العرية هي العطية لغة؛ قال حسان بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ: [من الطويل]

لَيْسَتْ بِسَنْهَاءٍ وَلاَ رُجَبِيَّةٍ وَلٰكِنْ عَرَايَا في السِّنِينَ الجَوائِحِ[1]

ولو اشترى بكُرْ من تمر نخلاً عليها ثمر، وسمى التَّمر أو ذكر كل قليلٍ وكثيرٍ هو منه، حتى دَخَل في البيع ـ يراعي في جوازه طريق الاعتبار؛ وهو أن يكونَ كَيْلُ التَمر أكثر من كيل الثمر؛ ليكون الثَّمر بمثله، والزيادة بإزاء النَّخل؛ فإن كان أقل، لا يجُوز؛ لأن التَّمر يكون بمثل كيله، وزيادة التَّمر مع النخل تكون زيادة لا يقابلها عِوَض، فيكون رباً.

وكذا إذا كان مثله؛ لأن النخل يكون فضلاً لا يقابله عوض في عقد المعَاوَضة؛ وكذا إذا كان لا يدْري عندنا، خلافاً لزُفَر، وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى. ثم إنما يجوز على طريق الاعتبار إذا كان التَّمر نقداً، فإن كان نسيئةً، لم يجز؛ لتحقُّق ربا النساء.

هذا إذا كان ثمر النَّخل بسراً أو رطباً أو تمراً يابساً عند العَقْد، فإن كان **كفرى** جاز البيع كيفما كان من غير شرط الاعتبار؛ لأنه بيع الكفرى بالتَّمر، وأنه جائز كيفما كان، ولو لم يكن

= أبي خثمة إلا أنه وقع عند مسلم في رواية له عن بشير عن أصحاب رسولَ الله ـ ﷺ ـ أنهم قالوا: «رخص رسول الله ـ ﷺ ـ في بيع العرية بخرصها تمراً».

(١) ويروى لسويد بن الصامت في لسان العرب ٥٠٢/١٣ (سنه)، ٤٩/١٥(عرا)؛ وبلا نسبة في سرّ صناعة الإعراب ٤١٤/١، ٤١٨، ٥٤٧/٢؛ ولسان العرب ٤١٢/١ (رجب)، ٥٦٢/٢ (قرح).

التَّمر موجوداً عند العقد، ثم أثمر النخل قبل القبض كُرّاً أو أكثر من الكُرّ، لا يفسد البيع، بخلاف ما إذا كان التَّمر موجوداً عند العقد، ثم أثمر النخل قبل القَبْض، فباعه مع النخل بالتَّمر، وكيل التمر مثل كيل ثَمَر النَّخل أو أقل، حيث يفسد البيع، لأن العاقدين أدخلا الربا في العَقْد لأَنهما قابلا الثمن بكل المبيع، فانقسم الثَّمن عليهما، وبعض المبيع مال الربا، فدخل الرِّبا في العقد باشتراطهما، واشتراط الرِّبا في العقد مفْسد له.

وههنا البيع كان صحيحاً في الأَصل؛ لأَن الثمن خلاف جنس المبيع؛ إذ المبيع هو النَّخل وحده، إلا أنه إذا زاد فقد صار مبيعاً في حال البقاء لا بصنعهما، فبقي البيع صحيحاً، والزيادة ملك المشْتَري، وينقسم الثَّمن على قيمة النَّخْل وقيمة الزيادة، لكن تعتبر قيمة النَّخل وقت العَقْد، وقيمة الزيادة وقت القبض، فيطيب له من التَّمر قدر حصَّته من الثمن؛ لأنه فضل له ذلك القَدْر ببدل، ولا يطيب له الفضل ويتصدَّق به؛ لأَنه ربح ما لم يضْمن.

ولو قضى الثَّمن من التَّمر الحادث، ينظر: إن قَضَاء منه قَبْل القبض، فقضاؤه باطلٌ؛ لأن القضاء منه تصرُّف في المبيع قبل القَبض، وأنه لا يجُوز، وجعل كأنه لم يقْبض، حتى لو هَلَك الثَّمن في يد البائع بآفة سماويةٍ، لا يسقط شيءٌ من الثمن، وإن أكله البائع، تسقط حصَّته من الثَّمن.

وإن كان المشتري قبض الثَّمن ثم قضى منه، جاز القَضَاء، لأَنه تصرُّف في المبيع بعد القَبْض، وأنه جائز، وعليه أن يتصدَّق بما زاد على حصَّته من الثَّمن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا بيع الذَّهب بالذَّهب والفضَّة بالفِضة، والقيمة فيهما مجازفة، ولو تبايَعا حِنْطَة بشعير، أو ذهبا بفضةٍ مجازفة ـ جاز؛ لأَن المماثلة في بيع الجِنْس بخلاف الجنس غير مَشْروطَة؛ ولهذا جازت المفَاضَلة فيه، فالمجازفة أولى؛ وكذلك القيمة.

وعلى هذا يخرج بيع الموزُون بجنسه وغير جنسه؛ كما إذا اشْتَرى فضة مع غيرها بفِضَّة مفردة؛ بأن اشترى سيفاً محلًى بفضة مفردَة، أو منطقة مفضَّضة [أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضْفضاً][1] أو جارية في عنقها طَوْق من فضَّة، أو اشترى ذهباً وغيره بذهب مفْرَد؛ كما إذا اشترى ثوباً منْسُوجاً بالذهب بذهب مفرد، أو جارية مع حليها وحليّها ذهب بذهب مفرد، ونحو ذلك ـ أنه لا يجوز مجازفة عندنا، بل يراعي فيه طريق الاعتبار؛ وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذَّهب المفرد أكثر من المجمُوع مع غيره؛ ليكون قدر وزن المفْرد بمثله من

(١) سقط من ط.

٣/٩٨ب المجمُوع والزيادة، بخلافِ جنسه فلا يتحقَّق الرِّبا، فإن كان وزن المفرد أقل من/ وزن المجمُوع، لم يجز؛ لأَن زيادة وزن المجمُوع مع خلاف الجنس لا يقَابله عرض في عقد البيع، فيكون رباً.

وكذلك إذا كان مثله في الوزن؛ لأنه يكون الفضَّة بمثلها، والذهب بمثله، فالفضل يكون ربا، وإن كان من خلاف جنسه؛ وكذلك إذا كان لا يعلم وزنه أنه أكثر، أو مثله، أو أقل، أو اختلف أهل النظر فيه، فقال بعضهم: الثَّمن أكثر، وقال بعضهم: هو مِثْله ـ لا يجوز عندنا، وعند زفر: يجوز.

وجه قوله: أن الأصْل في البيع جوازُه، والفساد بعارض الرِّبا، وفي وجوده شكٌ، فلا يثبت الفَسَاد بالشَّك، لأَن جهة الفَسَاد في هذا العَقْد أكثر من جِهَة الجواز؛ لأنَّ وزن المفرد لو كان أقل يفسد؛ وكذلك لو كان مِثْله، ولو كان أكثر، يجوز، فجاز من وجْهٍ وفسد من وجْهَين، فكانت الغلبة لجهة الفَسَاد، والحكم للغالب، ثم إذا كان وزن المفرد أكثر حتى جاز البَيْع، فيجتمع في هذا العَقْد **صرف**؛ وهو بيع الفضة بالفضَّة أو الذهب بالذهب، وبيع مطلق؛ وهو بيع الذهب أو الفضَّة بخلاف جنسها، فيراعي في الصَّرف شرائطه، وسنذكر شرائط الصَّرف في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا فَاتَ شَيْءٌ من الشَّرط حتَّى فَسَد الصَّرفُ، هَل يَتَعَدَّى الفسادُ إلى البيع المطْلَقِ؟ فيه تفصيلٌ نذكره في موضعه إنْ شاء الله تعالى.

هذا إذا اشترى فضةً مع غيرها بفضة مفردة، أو ذهباً مع غيره بذهبٍ مفرد، فأما إذا اشترى ذهباً مع غيره بفضَّة مفردة، أو فضة مع غيرها بذهب مفرد ـ فالبيع جائز؛ لأنه لا ربَا عند اختلاف الجِنْس، غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجمُوع، وقيمة ذلك الغير، فما كان بمقابلة الذَّهب أو الفضة يكون صرفاً، فيراعي فيه شرائط الصَّرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعاً مطلقاً، على ما نذكره في بيان شرائط الصَّرف.

وعلى هذا الأصل يخرج بيع تُراب معدن الفضة والذَّهب، أما تراب معدن الفضة، فلا يخْلو إمَّا أن يكون باعه بفضَّة، وإما أن يكون باعه بغَيْرها؛ فإن باعه بفضة، لم يجز؛ لأن البيع يقع على ما في التُّراب من الفضَّة لا على التراب؛ لأنه لا قيمة له، والمماثلة بين الفضَّتين ليست بمعلومة، فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة، فلا يجُوز؛ وإن باعه بذهب، جاز؛ لأن الربا لا يتحقَّق عند اختلاف الجِنْس، ويراعي فيه شرائط الصَّرف، ثم ينظر إن لم يخلص منه شيء، تبين أن البيع كان فساداً؛ لأنه تبين أنه باع ما ليس بمالٍ، فصار كما لو اشترى شخصاً على أنه عبد، ثم تبين أنه حرٌّ، أو اشترى شاةً مسلوخة على أنها مذْبوحَة، ثم تبين أنها ميتةٌ فإن خلص منه شيءٌ، فالأمر ماضٍ، والمشتري بالخِيَار؛ لأنَه اشترى شيئاً لم يره، فأشبه ما لو اشترى ثوباً في **سقط** أو سمكة في **جب**.

ولو باعه بعوض، جاز أيضاً؛ لما قلنا، ثم ينظر إِن خلص منه شيء أو لم يخلص على ما ذَكَرْنا؛ ولو باعه بتراب معْدِن مثله من الفضَّة، لم يجز؛ لأن البيعَ يقع على ما فيها من الفضة، ولا يعلم تساويهما في الوزن، فكان بيع الفضَّة بالفضة مجازفة؛ ولو باعه بتُراب معدن الذَّهب، جاز؛ لاختلاف الجِنس، ويراعي فيه شرائط الصَّرف، ثم إِن لم يخلص منه شيءٌ، تبين أن البيع كان فاسداً؛ لأنه تبين أنه باع ما ليس بمَالٍ.

وكذا إِن خلص من أحدهما ولم يخلص من الآخر؛ لأنه تبيَّن أنه باع المال بما ليس بمالٍ، وإِن خلص من كل واحد منهما فالأَمر ماض، ولهما خيار الرُّؤية؛ لأن كل واحد منهما مشتر ما لم يره؛ وكذلك لو كان تراب معْدن الفضة بين رجلين، فاقتسماه ـ لم يجز؛ لأَن القسمة فيها معنى البَيْع، فلا يحتمل المجَازفة كالبَيْع.

ولو باع منه **فَقيزاً**(١) بغير عينه، بذهبٍ أو بعرض ـ لم يجز؛ لأن المبيع ما في التراب من الفضَّة، وأنه مجهول القَدْر؛ لأَنه متفاوت؛ منه قفيز يخلص منه خمسة، ومنه قفيز يخلص منه عشرة، فكان المبيع مجهولاً جَهَالة مفضِية إِلى المنازعة، بخلاف بيع القفيز من صُبرة؛ لأنَّ قفزان الصُّبرة الواحدة متماثلة، فلم يكن المبيع مجهولاً جهالة مفضية إِلى المنازعة.

ولو باع نصف جملة التراب، أو ثلثها، أو ربعها شائعاً بذهب أو عرض ـ جاز؛ لأن الجنس/ مختلف، فلا يتحقَّق الربا إِلا إِذا لم يخلص منه شيء، فتبين أن البيع كان فاسداً؛ لما قلنا. ٣/ ١٩٩أ

وإِن خلص منه شيء، فيكون ما خلص مشتركاً بينهما، وله الخِيَار إِذا رآه، ولو استقرض تُراب المعدن، جاز، وعلى المستَقْرض مثل ما خلص منه وقبض؛ لأن القَرْض وقع على ما يخلص منه، والقول قول القَابض في قَدْر ما قبض وخلص، ولو استأجره بنصف هذا التّراب، أو بثلثه أو بربعه ـ يجُوز إِن خلص منه شيء، كما يجوز لو بيع منه شيء، فتبيَّن أن البيع كان فاسداً؛ لما قلنا، وإِن خلص منه شيء، فيكون أَجْره ممَّا ما خلص.

ولو استأجر أجيراً بتراب المعدن بعينه، جازت الإِجارة إِن خلص منه شيء؛ لأنه استأجره بمالٍ، والأَجير بالخيار؛ لأنه آجر نفسه بما لم يره؛ فإِن شاء، رضي به ولا شيء له غيره، وإِن شاء ردَّه ورجع على المسْتَأجر بأجر مثله بالغاً ما بلغ.

ولو استأجره بقَفيز من ترابٍ بغير عينه، لا تجُوز الإِجارة؛ لأَن الأُجرة ما في التُّراب من

(١) القفيز: مكيال كان يكال به قديماً، ويختلف مقداره في البلاد، ويعادل بالتقدير المصري أربع عشرة أقة، ونصف أقة الحديث. المعجم الوسيط (قفز)

الفضة، وأنه مجهولُ القدر؛ ولهذا لم يجز بيعه [ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز إن خلص منه شيء كما يجوز بيعه][1]، ويكون بينهما وله الخِيار، وإن لم يخلص لا يجوز، وله أجر مثْله، وعلى هذا حكم تُراب معدن الذَّهب في جميع ما ذكرنا، والله سُبْحانه وتعالى أعلم.

أما تراب الصَّاغة: فإن كان فيه فضَّة خالصة، فحكمه حكم تُراب معدن الفضَّة؛ وإن كان فيه ذَهَب خالص، فحكمه حكم تُراب معدن الذَّهب؛ وإن كان فيه ذهب وفضَّة فإن اشتراه بذَهَب أو فضَّة، لم يجز؛ لاحتمال أن يكون ما فيه من الذَّهب أو الفضة أكثر، أو أقل، أو مثله؛ فيتحقَّق الرِّبا.

ولو اشتراه بذَهَب وفضة، جاز؛ لأنه اشترى ذهباً وفضَّة بذَهَب وفضة، فيجوز ويصرف الجِنْس إلى خلاف الجِنْس، ويراعي فيه شَرَائط الصَّرف، ولو اشتراه بعرض، جاز؛ لانعدام احْتِمال الربا، وهذا كله إذا خلص منه شيء؛ فإن لم يخلص، تبين أن البيع كان فاسداً.

وعلى هذا الأَصْل يخرج بيع الدَّراهم المغْشُوشة، التي الغشّ فيها هو الغالب بفضة خالصة ـ أنه لا يجُوز إلا على طريق الاعتبار، وجملة الكلام فيه: أن الدَّراهم المضروبة أقسام ثلاثة: إما أن تكون الفِضَّة فيها هي الغَالِبة، وإما أن يكون الغش فيها هو الغَالِب، وإما أن يكون الفضَّة والغش فيها على السَّواء، فإن كانت الفضَّة فيها هي الغالبة؛ بأن كَان ثلثاها فضَّة وثلثها صفراً، أو كانت ثلاثة أرْبَاعها فضة وربعها صفراً، ونحو ذلك ـ فحكمها حكم الفضَّة الخالصة؛ لا يجوز بيعها بالفضَّة الخالصة إلا سواء سواء.

وكذا بيع بَعْضِها ببعض، لا يجُوز إلاَّ مِثْلاً بمثل؛ لأَن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعَدَم هو الأَصل في أحكامَ الشَّرع؛ ولأَن الدَّراهم الجياد لا تخْلُو عن قليل غشٍّ؛ لأَن الفضة لا تنْطَبع بدونه على ما قيل، فكان قليل الغشِّ مما لا يمكن التحرُّز عنه، فكانت العِبرة للغلبة، وإن كان الغش فيها هو الغَالِب، فإن كانت الفضة لا تخْلِصُ بالذُّنوب **والسَّبك**، بل تحترق ويبقى النّحاس ـ فحكمها حكم النّحاس الخالص؛ لأَن الفضة فيها إذا كانت مستهلكة، كانت ملحقة بالعَدَم، فيعتبر كله نحاساً، لا يباع بالنّحاس إلا سواء بسواءٍ، يداً بيدٍ.

وإن كانت تخلص من النّحاس، ولا تحترق ويبقى النحاس على حَالِه أيضاً؛ فإنه يعتبر فيه كل واحدٍ منهما على حاله، ولا يجعل أحدهما تبعاً للآخر؛ كأنهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صَاحِبِه؛ لأَنه إذا أمكن تخْلِيص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد

---

(١) سقط من ط.

منهما بعد الذُّوب والسَّبْك ـ لم يكن أحَدُهما مستهلكاً، فلا يجوز بيعها بفضة خالصة إلا على طريق الاعتبار، وهو أن تكون الفضَّة الخالصة أكثر من الفضَّة المخلوطة، يصرف إلى الفضَّة المخلوطة مثلها من الفضَّة الخالصة، والزيادة إلى الغش؛ كما لو باع فضَّة وصفراً ممتازين بفضَّة خالصة، فإن كانت الفضَّة الخالصة أقل من المخلُوطة ـ لم يجز؛ لأن زيادة الفضَّة المخلوطة مع الصفر يكون فضلاً خالياً من العِوَض في عقد المعاوضة، فيكون ربأ.

وكذا إذا كانت مثلها؛ لأن الصفر يكون فضلاً لا يقابله عِوَض؛ وكذا إذا كان لا يدري قدر الفضَّتين أيهما أكثر أو هما سواء ـ لا يجُوز عندنا، وعند زفر: يجُوز، وقد ذكرنا الحجج فيما قبل.

وذكر في «الجامع»: إذا كانت الدَّراهم ثلثاها صفراً وثلثها فضَّة، ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصَّفر، ولا/ يدري إذا خلصت أيبقى الصفر أم يحترق؟ أنه يراعي في بيع هذه الدَّراهم بفضَّة خالصة طريق الاعتبار، ثم إذا كانت الفضَّة الخالصة أكثر، حتى جاز البيْع، يكونُ هذا صرفاً وبيعاً مطلقاً، فيراعي في الصَّرف شرائطه، وإذا فسد بفوات شَرْط منه يفسد البيع في الصفر؛ لأنه لا يمكن تَمْييزه إلا بضرر، وبيعُ ما لا يمكن تمييزه عن غَيْره إلا بضرر فاسدٌ على ما ذكرنا. ٣/ ٩٩ب

ولو بيعت هذه الدَّراهم بذهب، جاز؛ لأن المانع هو الرِّبا، واختلاف الجنس يمنع تحقُّق الربا، لكن يراعي فيه شرائط الصَّرف؛ لأنه صرف، وإذا فات شرط منه، حتى فسد ـ يفسد البَيْع في الصّفر أيضاً؛ لما قلنا.

ولو بيعت بجنسها من الدَّراهم المغشوشة، جاز متساوياً ومتفاضلاً، نصَّ عليه محمد في «الجامع»، ويصرف الجِنْس إلى خلاف الجنس؛ كما لو باع فضة منفَصلة وصفراً منفصلاً، بفضَّة وصفر منْفَصلين.

وقالوا في **الستوقة**[1] ـ إذا بيع بعضها ببعض متفاضلاً ـ: أنه يجُوز، ويصرف الجنس إلى خلاف الجِنْس، ومشايخنا لم يُفْتُوا في ذلك إلا بالتَّحريم؛ احترازاً عن فتح باب الرِّبا، وقالوا في الدَّراهم **القطرونية**[2]: يجُوز بيع واحدٍ أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها بدرهم فضة؛ لأن ما فيها من الفضَّة يكون بمثل وزنِا من الفضَّة الخالصة، وزيادة الفضَّة [الخالصة][3] تكون بمقابلة الصّفر، ولا يجُوز بيع ستة منها بدرهم فضَّة؛ لأن الصفر الذي فيها يبقى فَضْلاً

---

(١) الستوقة: الزيف البهرج الذي لا خير فيه. المعجم الوسيط (ستق)

(٢) نسبة إلى قَطْرُونِيَةَ بلدة بالروم ترتيب القاموس (قطر)

(٣) سقط من ط.

خالياً عن العِوَض في عقد لمعاوضة فيكون رباً. وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفَضْل ـ رحمه الله ـ لا يفتي بجَوَاز هذا.

وإن كانت الفضَّة والغش فيها سواء، فلم يقطع محمَّد الجواب فيه في «الجامع»، لكنه بناه على قول الصَّيارفة، وحكي عنهم أنهم قالوا: إن الفضَّة والصُّفر إذا خلطا لا تتميَّز الفضة من الصّفر، حتى يحترق الصّفر؛ لأنهما لا يتميَّزان إلا بذهاب أحدهما، والصفر أسرعهما ذهاباً، فقال في هذه الدراهم: إن كانت الفضَّة هي الغالبة، أي على ما يقوله الصَّيارفة: أن الصفر يتَسارع إليه الاحتراق عند الإذابة والسبك، فلا يجوز بيعها بالفضَّة الخالصة، ولا بيع بعضها ببعض إلا سواء بسواء؛ كبيع **الزيوف** بالجياد؛ لأن الصّفر إذا كان يتسارع إليه الاحتراق كان مغلوباً مستهلكاً، فكان ملحقاً بالعَدَم، وإن لم يغلب أحدهما على الآخر، وبقيا على السَّواء ـ يعتبر كل واحد منهما على حِيَاله، كأنهما منفَصلان، ويراعي في بَيْعِهما بالفضة الخالصة طريق الاعتبار؛ كما في النوع الأول، ويجوز بيع بعضِها ببعض متساوياً، ومتفاضلاً، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس؛ كما في النوع الأول، والله أعلم.

وهل يجوز استقراض الدَّراهم المغشوشة عدداً؟ أما النَّوع الأَول وهو ما كانت فضَّته غالبة على غشّه، فلا يجُوز استقراضه إلا وزناً؛ لأن الغشّ إذا كان مغلوباً فيه كان بمنزلة الدَّراهم الزائفة، ولا يجُوز بيع الدَّراهم الزائفة بعضها ببعض عدداً؛ لأنَها وزنية، فلم يعتبر العَدد فيها، فكان بيع بعضها ببعضٍ مجازفة، فلم يجز، فلا يجُوز استقراضها أيضاً؛ لأنها مبادلة حقيقة أو فها شبه **المبادلة**، فيجب صيانتها عن الرِّبا وعن شبهة الرِّبا، ولهذا لم يجز استقراض الكيلي وزناً؛ لما أن الوزن في الكيلي غير معتَبَر، فكان إقراضه مبادلة الشيء بمثله مجازفةً أو شبهة المبادلة ـ فلم يجز؛ كذا هذا.

وكذلك النوع الثالث: وهو ما إذا كان نصفه فضَّة ونصفه صفراً؛ لأن الغلبة إذا كانت الفضَّة، على اعتبار بقائها وذهاب الصّفر في المآل، على ما يقولُه أهل الصنعة ـ كان ملحقاً بالدَّراهم الزُّيوف، فلا يجوز اسْتِقراضه عدداً، وإن كان لا يغلب أحدهما على الآخر، ويبقيان بعد السَّبك على حالهما ـ كان كل واحد منهما أصلاً بنفسه، فيعتبر كل واحد منهما على حِيَاله، فكان اسْتِقراض الفضَّة والصفر جملة عدداً، وهذا لا يجُوز؛ لأن اعتبار الصّفر إن كان يوجب الجَوَاز؛ لأن الفلس عددي، فاعتبار الفضَّة يمنع الجواز؛ لأن الفضَّة وزنيَّة، فالحكم بالفساد عند تعارض جِهَتي الجواز والفساد أحْوَط.

وأمَّا النَّوع الثَّاني ما كان الغشُّ فيه غالباً والفضة مغلوبة؛ فإنه ينْظر: إن كان النَّاسُ يتعاملون به وزناً لا عدداً، لا يجوز استقراضه عدداً/ ؛ لأن العدد في الموزون باطلٌ فكان ٣/ ١٠٠أ استقراضه مبادلة الموزُون بجنسه مجازَفَة أو شبهة المبادلة، وأنه لا يجُوز، وإن كانوا يتعاملون

به عدداً، يجوز استقراضه عدداً؛ لأنهم إذا تعاملوا به عدداً، فقد ألحقوه بالفُلُوس [في الجملة][(١)] وجعلوا الفضَّة التي فيه تبعاً للصّفر، وأنه ممكن؛ لأنها قليلة، وقد يكون في الفُلُوس في الجملة قليل فضَّة، فثبتت التبعية بدلالة التعامل، ومثل هذه الدّلالة لم توجد فيما إذا تعاملوا بها وزناً لا عدداً، فبقيت وزنية، فلا يجوز استقراضه عدداً، وإن تعامل النَّاس بها عدداً؛ لأن هناك لا يمكن جعل الفضَّة تبعاً للغشّ؛ لأنها أكثر منه أو مثله، والكثير لا يكون تبعاً للقليل، ومثل هذا الشيء لا يكون تبعاً أيضاً، فبقيت على الصِّفة الأَصلية الثَّابتة لها شرعاً وهي كونها وزنيَّة، فلا يجُوز استقراضها مجازَفة؛ كما لا يجوز بَيْع بعضها ببعض مجازَفة؛ وكذا الشِّراء بالدَّراهم المغْشوشة من الأنواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاسْتِقراض سواء، فلا يجُوز الشِّراء بالنوع الأول إلا وزناً؛ لأنها في حكم الجِيَاد، وإنها وزنيَّة، فلم يجز الشِّراء بها إلا وزناً إذا لم يكن مشاراً إليها؛ وكذلك بالنوع الثَّالث؛ لما ذكرنا في الاسْتِقرَاض.

وأما النوع الثالث: فالأمر فيه على التَّفْصيل الذي ذكرناه في الاسْتِقراض؛ أَن الناس إن كانوا يتبايعون بها وزناً لا عدداً، لا يجوز لأحدٍ أن يبتاع بها عدداً؛ لأن الوزن صفة أصلية للدَّراهم، وإنما تصيرُ عدديَّة بتعامل الناس، فإن جرى التَّعامل بها وزناً لا عدداً فقد تقرَّرت الصفة الأصلية وبقيت وزنيَّة، فإذا اشترى بها عدداً على غير وزن، والعدد **هدر**، ولم توجد الإشارة - فقد بقي الثَّمن مجهولاً جهالة مفضيَةً إلى المنازعة؛ لأنه لا يدري ما وزْن هذا القدر من العدد المسمى، فيوجب فساد العَقْد، بخلاف ما إذا اشترى بها عدداً على غير وزْن، ولكن أشار إليها فيما يكتفي فيه بالإشارة حيث يجُوز؛ لأن مقدار وزنها وإن كان مجهولاً بعد الإشارة إليها، لكن هذه الجهالة لا تقضي إلى المنَازَعة؛ لأنه يمكن معرفَة مقدار المشار إليه بالوزْن إذا كان قائماً، فلا يمنع جواز العَقْد، وإن كانوا يتبايعون بها عدداً - جاز؛ لأنها صارت عدديَّة بتعامل الناس، وصارت كالفلوس الرائجة، هذا إذا اشترى بالأَنواع الثلاثة عدداً على وزنٍ ولم يعيّنها.

فأما إذا عينها واشترى بها **عرضاً**؛ بأن قال: اشتريت هذا العرض بهذه الدَّراهم وأشار إليها، فلا شكَّ في جواز الشِّراء بها، ولا تتعيَّن بالإِشارة إليها، ولا يتعلّق العقد بعينها، حتى لو هلكت قبل أن ينقدها المشْتَري لا يبطل البيع، ويعطي مكانها مثلها من جِنْسها ونوعها وقدرها وصِفَتها.

أما النوع الأول: فلأنها بمنزلة الدَّراهم الجياد، وأَنها لا تتعيَّن بالإِشارة إليها؛ ولا يبطل البَيْع بهلاكها، فكذا هذه.

---

(١) سقط من ط.

وأما النوع الثاني: فلأن الصِّفة فيها إن كانت هي الغالبة على ما يقوله **السَّباكون** - فهي في حكم النَّوعِ الأول؛ وإن لم يغلب أحدهما على الآخر، يعتبر كل واحد منهما بحياله، فلا يبطل البيع أيضاً؛ لأنَّ اعتبار الفضَّة لا يوجب البُطْلان؛ لأنها لا تتعيَّن، واعتبار الصفر يوجب؛ لأنه يتعيَّن، فلا يبطل بالشَّك.

وأما النوع الثالث: فلأن النَّاس إن كانوا يتعامَلُون بها وزناً فهي وسائر الدَّراهم سواء، فلا تتعيَّن بالإشارة، ويتعلَّق العقد بمثلها في الذِّمةِ لا بعينها، فلا يبطل البيع بهَلاكها؛ وإن كانوا يتعامَلُون بها عدداً، فهي بمنزلة الفُلُوس الرائجة، وأنها إذا قوبلت بخلاف في جِنْسها في المعَاوَضَات لا تتعيَّن، ولا يتعلَّق العقد بعينها، بل بمثلها عدداً، ولا يبطل بهلاكها؛ كذا هذا.

ولو كَسَد هذا النوع من الدَّراهم وصارت لا تروج بين النَّاس - فهي بمنزلة الفُلُوس **الكاسدة**[1] والسوق والرَّصاص، حتى تتعيَّن بالإشارة إليها، ويتعلق العقد بعينها، حتى يبطل العَقْد بهلاكها قبل القَبْض؛ لأنها صارت سلعة، لكن قالوا: هذا إذا كان العاقدان/ عالمين بحالٍ هذه، ويعلم كل واحدٍ منهما أن الآخر يعلم بذلك، فأما إذا كانا لا يعْلَمان؛ أو يعلم أحدهما ولم يعْلَم الآخر، أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحدٍ منهما أنَّ صاحبه يعلم - فإن العقد لا يتعلَّق بالمشَار إليه ولا بجنسها، وإنما يتعلق بالدَّراهم الرائجة التي عليها تعامل الناس في تلك البلد، هذا إذا صارت بحيث لا تروج أصلاً.

٣/ ١٠٠ب

فأما إذا كانت يقبلها البعض دون البَعْض، فحكمها حكم الدَّراهم الزائفة، فيجوز الشِّراء بها ولا يتعلَّق العقد بعينها، بل يتعلَّق بجنس تلك الدَّراهم الزُّيوف إن كان البَائِع يعلم بحالها خاصة؛ لأنه رضي بجنس الزُّيوف؛ وإن كان البائع لا يعلم، لا يتعلق العَقْد بجنس المشَار إليه، وإنما يتعلَّق بالجيد من نقد تلك البلد، لأنه لم يرْضَ إلا به إذا كان لا يعلم بحالها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم إنما لا يبطل البيع بهَلاَك الدَّراهم في الأَنواع الثلاثة، بعد الإشارة إليها، إذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهَلاَك؛ لأنه إذا كان علم ذلك يمكن إعطاء مثلها بعد هلاكها، فأما إذا كان لم يعلم لا عددها ولا وَزْنَها حتى هَلَكَت - يبطل البيع؛ لأن الثَّمن صار مجهولاً؛ إذ المشتري لا يمكنه إعطاء مثل الدَّراهم المشار إليها.

ومنها الخلو من شبهة الربا؛ لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحُرُمات احتياطاً، وأصله ما رُوِيَ عَنْ رَسُول اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ لِوَابِصَةَ بْنِ مَعْبَدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: **«الحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالحَرَامُ بَيِّنٌ، وبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ، فَدَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَىٰ مَا لاَ يرِيبُكَ»**[2].

---

(١) الكاسدة: التي لم تَرُوجْ لقلة الرغبة فيها المعجم الوسيط (كسد)

(٢) تقدم.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجلٌ شيئاً نقداً أو نسيئة، وقبضه المشْتَري ولم ينقد ثمنه ـ أنه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثَمَنه الذي باعه منه عندنا، ، وعند[١] الشافعي ـ رحمه الله ـ: يجوز.

وجه قوله: أن هذا بيع اسْتَجْمَعَ شرائط جوازه، وخلا عن الشُروط المفسدة إياه، فلا معنى للحكم بفَسَاده؛ كما إذا اشتراه بعد نقد الثَّمن.

ولنا: ما روي أن امرأة جاءت إلى سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ، وقالت: إني ابتعت خادماً من زيد بن أرقم بثمانمائة، ثم بعتها منه بستمائة، فقالت سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ: بِئْسَ ما شريتِ وبئس ما اشْتَرَيت، أبلغي زيداً أن الله تعالى قد أبْطَلَ جهاده مع رسول الله ـ ﷺ ـ إن لم يتُبْ.

ووجه الاستدلال به من وجهين: أحدهما: أنها ألحقت بزيدٍ وعيداً لا يوقف عليه بالرأي، وهو بطلان الطَّاعة بما سوى الردَّة، فالظاهر أنها قالته سماعاً من رسول الله ـ ﷺ ـ، ولا يلتحق الوَعِيد إلا بمباشرة المعْصِية، فدل على فساد البيع؛ لأن البيع الفاسد معصية.

والثاني أنها ـ رضي الله عنها ـ سمَّت ذلك بيع سوء وشراء سوء، والفاسد هو الذي يوصَفُ بذلك لا الصَّحيح؛ ولأن في هذا البيع شبهة الرِّبا؛ لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثَّمن الأول، فبقي من الثَّمن الأول زيادة لا يقَابلها عوض في عقد المعاوضة، وهو تَفْسِير الرِّبا، إلا أن الزيادة ثبتت بمجْمُوع العَقْدين، فكان الثَّابت بأحدهما شبهة الرِّبا، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة، بخلاف ما إذا نقد الثمن؛ لأن **المقاصة** لا تتحقق بعد الثمن، فلا تتمكَّن الشبهة بالعقد، ولو نقد الثمن كله إلا شيئاً قليلاً، فهو على الخلاف.

ولو اشترى ما باع بمِثْل ما باع قبل نَقْد الثَّمن، جاز بالإجماع؛ لانعدام الشبهة، وكذا لو اشتراه بأكْثَر مما باع قبل نَقْد الثمن؛ ولأن فساد العقد معْدُول به عن القياش، وإنما عرفناه بالأثر، والأثر جاء في الشِّراء بأقل من الثَّمن الأول، فبقي ما وراءه على أصْل القِيَاس.

هذا إذا اشتراه بجِنْس الثَّمن الأول؛ فإن اشتراه بخِلاَف الجنس، جاز؛ لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجِنْس إلا في الدَّراهم والدَّنانير خاصة استحساناً، والقياس ألاَّ يجوز؛ لأَنهما جنسان مختلفان حقيقة، فالتحقا بسائر الأَجناس المختلفة.

---

(١) في أ: وقال.

وجه الاستحسان: أنهما في الثمنية كجنس واحدٍ، فيتحقق الرِّبا بمجموع العقْدَين، فكان في العقد الثَّاني شُبْهة الرِّب وهي الرِّبا من وجه، ولو تعيَّب المبيع في يد المشْتَري فباعه من/ ٣/ ١٠١أ بائِعِه بأقلّ مما باعه ـ جاز؛ لأن نقصان الثمن يكون بمقابلة نُقْصَان العَيْب فيلتحق النُّقصان بالعَدَم؛ كأنه باعه بمثل ما اشتراه، فلا تتحقق شبهة الرِّبا.

ولو خرج المبيع من ملك المشْتَري، فاشتراه البائع من المَالِك الثَّاني بأقل مما بَاعَه قبل نقد الثمن ـ جاز؛ لأن اختلاف الملك بمنزلة اخْتِلاف العَيْن فيمْنَع تحقُّق الربا، ولو مات المشْتَري فاشتراه البَائع من وارثه بأقل ممَّا باع قبل نَقْد الثمن لم يجز؛ لأن الملك هناك لم يخْتَلف، وإنما قام الوارث مقام المشْتَري؛ بدليل أنه يرد بالعَيْب ويرد عليه.

وكذا لو كان المَبيع جارية **فاستولدها** الوَارِث، أو كان داراً فبنى عليها، ثم ورد الاستِحْقاق، فأخذ منه قيمة الوَلَد ونقض عليه البناء ـ كان للوارث أن يرْجِع على بائع المورّث بقيمة الولد ـ وقيمة البناء؛ كما كان يرجع [على][1] المشْتَري لو كان حيًّاً، لأن الوارث قائم مقام المشْتَري، فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشْتَري، فرق بين هذا وبين ما إذا مات البائِع فاشْتَرى وارثه من المشْتَري بأقل مما باع قبل نَقْد الثمن ـ أنه يَجوز إذا كان الوارث ممَّن تجُوز شهادته للبائع في حال حياته.

ووجه الفرق: أن الوارث يقوم مقام المورّث فيما ورثه، ووارث المشْتَري ورث عين المَبيع، فقام مقامه في عينه، فكان الشِّراء منه كالشِّراء من المشْتَري، فلم يجز، ووارث البائع ورث الثَّمن، والثَّمن في ذمة المشْتَري، وما عين في ذمة المشْتَري لا يحتمل الإِرث، فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البَائِع، فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه لا يجُوز الشِّراء من وارث البائع؛ كما لا يجوز الشِّراء من وارث المشْتَري؛ لأن الوارث خَلَف المورّث، فالمشتري[2] قائم مقَامَه كأنَّه هو.

ولو باعه المشتري من غيره، فعاد المبيع إلى مِلْكه، فاشْتَراه بأقلْ مما باع ـ فهذا لا يخلو: إما أن عاد إليه بملك جديد، وإما أن عاد إليه على حكم المِلْك الأول، فإن عاد إليه بمِلْك جديد، كالشراء والهبة والميراث، والإقالة قبل القَبْض وبعده، والرد بالعيب بعد القَبْض بغير قضاء القَاضِي، ونحو ذلك من أسباب تَجْديد الملك ـ جاز الشراء منه بأقلّ مما باع؛ لأن اختلاف الملك بمَنْزلة اختلاف العَيْن.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: والمتروك.

وإن عاد إليه على حُكْم الملك الأول؛ كالرَّد بخيار الرُّؤية والردِّ بخيار الشَّرط، قبل القبض وبعده، بقَضَاء القاضي وبغير قَضَاء القاضِي، والرد بخيار العيب قبل القبض، بقَضَاء القاضي وبغير قَضَاء القاضِي، وبعد القبض بقضاء القاضي ـ لا يجوز الشِّراء منه بأقلّ مما باع؛ لأن الردّ في هذه المواضِع يكون فسخاً، والفسخ يكون رفعاً من الأصل، وإعادة إلى قديم الملك؛ كأنه لم يخرج عن مِلْكه أصلاً، ولو كان كذلك، لكَانَ لا يجُوز له الشِّراء؛ فكذا هذا.

ولو لم يَشْترِه البائع، لكن اشتراه بعض من لا تَجُوز شهادته له؛ كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة ـ لا يجوز عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، كما لا يجُوز من البائع، ، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز كما يجوز من الأجنبي.

وجه قولهما: أن كل واحدٍ منهما أجنبي عن ملك صَاحِبه؛ لانفصال ملكه عن ملك صاحبه، فيقع عقد كل واحد منهما له لا لِصَاحبه كسائر الأجانب، ثم شراء الأجنبي لنفسه جائز، فكذا شراؤه لصَاحِبه.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن كل واحد منهما يبيع بمال صاحِبِ عادةً، حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه، فكان معنى ملك كل واحدٍ منهما ثابتاً لصاحبه، فكان عقده واقعاً لصاحبه من وجه، فيؤثر في فَسَاد العقد احتياطاً في باب الرِّبا.

ولو باع المولى، ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه أو بعض مماليكه، ولا دَيْنَ عليه، أو عليه دين بأقل مما باع المَوْلى ـ لا يجُوز؛ كما لا يجوز شراء[1] المولى؛ وكذا لو باع المدبّر أو المكاتب أو بعض مماليكه، ثم اشتراه المولى ـ لا يجُوز؛ لأن عقد هؤلاء يقع المَوْلى من وجْه.

ولو كان وكيلاً، فباع واشْتَرى بأقل ممَّا باع قبل نَقْد الثَّمن ـ لا يجوز؛ كما لو باع واشترى الموكّل لنفسه؛ لأن المانع تمكُّن شبهة الربا، ألاَّ يفصل بين الوكيل والموكّل، ولذا سيدتُنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ لم تستَفْسر/ السائلة أنها مالكة أو وكيلة؟، ولو كان الحُكْم يختلف، لاستفسرت. ٣/١٠١ب

وكذا لو باع الوَكِيلُ، ثم اشتراه الموكل ـ لم يُجز؛ لأنه لو اشتراه وكِيله لم يُجز، فإذا اشتراه بنفسه أَولى ألاَّ يجوز؛ وكذا لو باعه الوكِيل ثم اشتراه بعض من لا تجُوز شهادة الوكيل له، أو بعض من لا تجُوز شهادة الموكّل له ـ لم يجز عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما: يجُوز على ما مرَّ.

---

(١) في ط: عن.

ولو باع، ثمَّ وكَّل بنفسه إنساناً، بأن يشْتَري له ذلك الشَّيء بأقلّ مما باع قبل نَقْد الثَّمن، فاشتراه الوكيل ـ فهو جائز للوكِيل، والثُّمنان يلتقيان قصاصاً، والزِّيادة من الثمن الأول لا تطيب للبائع، ويكون مِلكاً له، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسُف: التَّوكيل فاسدٌ، ويكون الوكيل مشترياً لنفسه، وقال محمَّد: التوكيلُ صحيحٌ، إلا أنه إذا اشْتَراه الوكيل يكون مشترياً للبائِع شراء فاسداً ويملكه البائع ملكاً فاسداً، وهذا بناء على أصْل لهم، فأصل أبي حنيفة أنه ينظر إلى العاقد ويعتبر أهليته، ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العَقْد؛ ولهذا قال: إن المسلم إذا وكل ذميّاً بشراء الخَمْر أو بيعها ـ أنه يجوز.

وكذا المحْرم إذا وكل حلالاً ببيْع صيدٍ له، أو بشراء صيدٍ ـ جاز التَّوكيل عنده، وتعتبر أهلية الوكِيل، وأصل أبي يوسف ومحمد: أنهما يعتبران أهليَّة العاقد[1] والمعقود له جميعاً، حتى لم يجُز التَّوكيل عندهما في المسألتين، إلا أن محمداً خالف أبا يوسف في هذه المسألة، وترك أصْله، حيث قال بصحَّة التوكيل، ولم ينظر إلى الموكِّل، وعلى هذا الخِلاَفُ، إذا وكّل المسلم ذمياً، بأن يشْتَري له من ذميٍّ عبده بخَمْر وعين ذلك العبد، ففعل الوكيل ـ صحَّ الشراء عند أبي حنيفة، ويكون العبد للموكّل، وعلى الوكيل للبائع الخمر، وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله، وعند أبي يوسف: التّوكيل فاسدٌ، ويكون الوَكِيل مشترياً لنَفْسه، وعند محمَّد: التوكيل صحيحٌ ويكون مشترياً للموكل شراء فاسداً.

ولو باع بألف درهم حالّة، ثم اشتراه بألف درهم مؤجّلة ـ فالشراء فاسدٌ؛ لأنه اشترى ما باع بأقلّ مما باع من حيث المَعْنَى؛ لأن الحالّة خير من المؤجلة؛ وكذا لو باع بألف مؤجلّة ثم اشتراه بألف مؤجَّلة إلى أبعد من ذلك الأجل، فهو فاسدٌ؛ لما قلنا.

ولو باع عبداً بألفٍ وقبضه المشْتَري، ثم اشتراه البَائِع وعبداً آخر قبل نقد الثمن ـ فإن الثمن يقسم عليهما على قدرِ قيمتَهما. ثم ينظر: فإن كانت حصَّة العَبْد الذي باعه مثل ثمنه أو أكثر ـ جاز الشِّراء فيهما جميعاً، أما في الذي لم يبعه فظاهر؛ وكذا في الذي باعه؛ لأنه اشْتَرى ما باع بمثل ما باعَ أو بأكثر مما باع قبل نقد الثمن، وأنه جائز، وإن كان أقل من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفْسد في الآخر؛ لأن الفساد لكونه شراء ما باع بأقلّ مما باع قبل نقد الثَّمن، وذلك وجد في أحدهما دون الآخر، وهذا على أصْلِهما ظاهر؛ وكذا على أصل أبي حَنِيفة، فكان ينبغي أن يفسد فيهما؛ لأن من أصْله: أن الصَّفْقَة متى اشتملت على أبْدَال، وفسدت في بعضها ـ أن يتعدَّى الفساد إلى الكل؛ كما إذا جمع بين حُرٍّ وعبد وباعهما جميعاً صفقة واحدة، وإنما لم يفسد فيهما؛ لأن الفساد هناك باعتبار أنه لما جمع بين الحرّ والعبد، وباعهما صفقة

---

(١) في ط: العقد للعقد.

واحدةً ـ فقد جعل قَبُول العقد في أحدهما شرطاً لقبول العَقْد في الآخر، والحرُ ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين، فلا يصحُّ القبول فيه، فلا يصح في الآخرِ، فلم ينْعَقِد العقد أَصْلاً؛ والفساد ههنا باعتبار شراء ما بَاعَ بأقل مما باع، وذلك وجد في أحدهما دون الآخر، فيفسد في أحدهما دون الآخر؛ لأن الأصل اقتصار الفَسَاد على قدر المفسد؛ ولهذا لو جمع بين عبدين وباع أحدهما إِلى الحصاد أو الدياس أن البيع يفسد فيما في بيعه أجل، ولا يفسد في الآخر؛ وكذا لو جمع بين **قن ومدبر** وباعهما صفقة واحدة ـ يصح البيع في القن ويفسد في المدبر؛ لوجود المفسد في أحدهما دون الآخر؛ كذا هذا.

ومنها: قبض رأس المال في بيع الدّين بالعين وهو السلم(١)، والكلام في السّلم في الأصل في ثلاثة مواضع:

(١) السلم لغةً: السَّلَفُ وَزْناً ومَعْنًى، وذلك المعنى هو بيع الآجل بالعاجل، وإن لم يستكمل الشروط، فهما مترادفان، يشعر بهذا الترادف مجيئهما في الحديث على هذا المعنى، فقد روي أن النبي ـ ﷺ ـ عبّر عن السَّلَم بالسَّلَف، فقال: من أسلف في كل شيء فلْيُسْلِفْ في كَيْلٍ معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم». وروي أنه ـ ﷺ ـ قال: من أسلم في شيء، فلا يصرفه إلى غيره.
ويشعر بهذا الترادف أيضاً قول المَاوَرْدي: السَّلم لغة أهل «الحجاز»، والسَّلف لغة أهل «العراق»، أي: أنهما لفظان يدلأن على معنى واحد، وقد استعمل الحِجَازِيُّونَ لفظاً، والعراقيون لفظاً؛ للدلالة على هذا المعنى، وهذا آية الترادف.
وكما يطلق السَّلف على هذا المعنى «بيع الآجل بالعاجل» يطلق على الفرض بدون منفعة، فإذا أسلف شخص آخر عشرين جنيهاً مثلاً إلى أجل، بدون أن يأخذ منه سلعة ينتفع بها، فإنه يقال لذلك: سلف، ولا يقال له: سلم، وعلى ذلك المعنى فهو مغاير للسَّلَم، ومرادف له، بالنظر إلى المعنى الأول.
انظر لسان العرب: ٣/ ٢٠٨١، المصباح المنير: ٢/ ٢٨٦، تحرير التنبيه: ٢٠٩.
واصطلاحاً:
عرفه الحنفيةُ بأنه: عبارة عن نَوْع بَيْع مُعَجَّل فيه الثمن ـ هو أخذ عاجل بآجل.
عرفه الشافعية بأنه: بيع مَوْصُوفٍ فيَ الذِّمَّةِ.
وعرفه المالكية بأنه: بَيْعُ شيءٍ مَوْصُوفٍ في الذمة بغير جنسه مؤجّلاً.
عرفه الحنابلة بأنه:. عَقْدٌ علىَ موصوف بذمة مؤجل، بثمن مقبوض، بمجلس عقد.
انظر: شرح فتح القدير: (٦٩/١)، مغني المحتاج: ٢/ ١٠٢، مواهب الجليل: ٤/ ٥١٤، مطالب أولى النهي: ٣/ ٢٠٧، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٠٣، أسهل المدارك ٢/ ٣١١، كشاف القناع ٣/ ٢٨٨.
والدليل على مشروعية السَّلم الكتاب والسُّنة والإجماع: الكتاب: قال الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدَيْنٍ إلى أجل مُسَمًّى فاكتبوه﴾.
ووجه الدلالة فيها: ما روي عن ابن عَبَّاسٍ ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: أستشهد أن الله ـ تعالى ـ أحل السَّلَفَ المضمون، وأنزل فيه أصول آية في كتابه، ثم تلا قوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكتبوه﴾ فشهادته ـ رضي الله عنهما ـ بأن الآية نزلت في السَّلف المضمول ألى أجل مسمى وليس هو إلا السَّلم تدل على اندراجه تحت عموم الآية بالطريق الأولى، لأن سبب النزول لشمله الآية =

أحدها: في بيان ركنه.

والثاني: في بيان شرائط الركن.

والثالث: في بيان ما يجوز من التصرّف في المسلم فيه وما لا يجُوز.

٣/ ١٠٢أ أما ركن السلم:/

فهو لفظ السّلم والسلف والبيع؛ بأن يقول رب السلم: أسلمت إليك في كذا أو أسلفت؛ لأن السلم والسلف مستعملان بمعنى واحدٍ، يقال: **سلفت وأسلفت وأسلمت** بمعنى واحد، فإذا قال المسلم إليه: قبلت فقد تم الرّكن؛ وكذا إذا قال المسلم إليه: بعت منك كذا، وذكر شرائط السلم فقال رب السلم: قبلت، وهذا قول علمائنا الثلاثة.

= شمولاً أوليًا، وبما أن الآية آمِرة بكتابة الدَّيْن، وأقل مراتب الأمر بها الجواز، فيكون السلم إذن جائزاً بها.
وأيضاً فقول الله ـ تعالى ـ في آخر هذه الآية: ﴿إلا أن تكون تجارة حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بينكم فليس عليكم جناح ألاَّ تكتبوها﴾ يبّين لنا ما يجب اتباعه في البيع الناجز، فدلّ هذا على أن ما قبله، وهو أول الآية في الموصوف الناجز وهو السلم، فكان هذا دليلاً على جوازه.
السُنَّة: ما روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ من طُرُقٍ شتى؛ أن رسول الله ـ ﷺ ـ قدم «المدينة» وهم يُسْلِفُون في التمر السَّنة والسنتين والثلاث فقال ﷺ: «ومن أسلف فَلْيُسْلِفْ في كَيْلٍ معلوم، ووَزْنٍ معلوم، إلى أجل معلوم» أخرجه الأئمة السُّتة.
هذا نص من السُّنة، وكثير جدًّا ما ورد فيها في جَوَازِ السلم.
فالسُّنة قد جاءت ببيان شرائط السلم، فكان هذا منه ـ ﷺ ـ تقديراً لأصل العَقْدِ، ودليلاً على جوازه.
الإِجْمَاعُ: قد أجمع الصحابة والسَّلَفُ ـ رضوان الله عليهم أجمعين ـ على جواز هذا النوع من المُعَامَلَةِ، ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا سعيد بن المسيّب في رواية عنه. فقد قال ـ أهل العلم: اتَّفقُوا على مشروعيته «السلم» إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وأنا أشك في صحة هذه الرواية عن هذا الإمام الجليل شيخ فقهاء «المدينة» وأحفظ رواتها للآثار، وأشدهم اتّباعاً لمن سلفه وأعتقد ضعفها على فرض صحّة روايتها عنه» ومما يَدُلُّ على ذلك:
الأول: أن الترمذي قد ذكر اتفاق العلماء على السَّلَمِ، من غير ذكر أي مخالف، مع أن عادته ذكرا الخلاف إذا كان موجوداً.
الثاني: حكايتها في كل مصادرها بصيغة المبني للمجهول.
الثالث: ذكرها خاليةً من الاستدلال، إلا ما نقله صاحب «الروض النضير» في فقه الزيدية، حيث قال: وروي عن ابن المسيّب النهي عنه؛ لحديث: «لا تبع ما ليس عندك».
وأجيب: بأنه يحتمل أن يكون معناه لا تبع ما ليس عندك أي: ما ليس ملكك، وأن يكون المعنى ما يكون غائباً عنك مما ليس يسلم وتكون أدلة جواز السلم خاصة: وهي صريحة في معناها، هذه أمور تحمل على الاعتقاد بأن تلك الرِّوَاية قد بلغت من الضعف حدًا يحلّ معه أن تنسب إلى إمام من أئمة التَّابعين، الأمر الذي يجعل الاستدلال بالإجماع صحيحاً، ويجعل النّاظر في أدلّة الأحكام الفقهية في غنى عن أن يتلمَّس وجهة لمخالفة هذا الإمام العامة الصحابة والتابعين أو يتلمس له مخرجاً يجيب به عن أدلتهم.

وقال زفر: لا ينعقد إلا بلفظ السلم؛ لأن القياس ألاَّ ينعقد أصلاً؛ لأنه بيع ما ليس عند الإِنسان وأنه منهي عنه، إِلا أن الشّرع ورد بجوازه بلفظ السّلم بقوله: ورخّص في السلم[١].

---

(١) السلم نوع من البيع فركن البيع ركن له ولكن جرى خلاف بين الفقهاء. هل لصيغة عقد السلم لفظ خاص أم تنعقد بما ينعقد به البيع من كل لفظ يدل على التمليك إذ بعد اتفاقهم على أن السلم ينعقد سلماً إذا عبر عنه بلفظ السلم أو السلف أو التسليف اختلفوا فيما إذا عبر عنه بلفظ من الألفاظ التي تفيد التمليك كالبيع مثلا.

فالجمهور على أنه ينعقد كذلك.

وبعض يسير منهم زفر وابن أبان من الحنفية وابن حزم من الظاهرية على منع انعقاده سلما وهو أحد قولي الشافعي.

استدل القائلون بعدم انعقاده سلماً بما يأتي:

أولاً: قد شرع السلم على خلاق القياس رخصة للمحتاجين وقد أتى الشرع بجوازه بلفظ السلم أو السلف فيقتصر على ما ورد.

ثانياً: السلم غير البيع لأن البيع لا يشترط فيه قبض بدله في المجلس بخلاف السلم والمتغايران لا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر وعلى هذا فالسلم لا ينعقد بلفظ البيع.

ثالثاً: كثيرٌ من العقود تختلف أثرها تبعاً لاختلاف أسمائها كما في الربا والقرض وذلك مما يدل على أن للأسماء اعتباراً في ترتيب الأحكام عليها وقد يكون ذلك مؤيداً للقائلين: إن العبرة في العقود بألفاظها لا بمعانيها لأن الإجماع قد وقع على أن ألفاظ اللغة لا يعدل عما وضعت له في اللغة فكذا ألفاظ العقود.

واستبدل القائلون بانعقاده سلماً بما يأتي:

أولاً: السلم نوع من أنواع البيع وما هو بيع ينعقد بلفظه فإذن السلم ينعقد بلفظ البيع.

ثانياً: السلم نوع من البيع يقتضي القبص في المجلس كالصرف وإذا كان الصرف ينعقد بلفظ البيع فكذا السلم لأن كلاً منهما نوع بيع يشترط فيه شروط خاصة.

ثالثاً: أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني لأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله ولذلك قالوا: إن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة وأن الحوالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة وأن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعاً لاهبة

وقد ناقش الجمهور أدلة هذا البعض مما يأتي:

أولاً: قولكم. شرح على خلاف القياس فيقتصر فيه على ما ورد. مسلم ولكن لا ينتج مدعاكم لأن مجيئه هكذا لم يكن لأمر يرجع إلى اللفظ الذي ينعقد به حتى يصح ما قلتم وإنما هو هنا لعدم وجود المحل الذي يرد عليه العقد بصرف النظر عما ينعقد به من غير ملاحظة للصيغة أصلاً.

ثانياً: قولكم. السلم غير البيع لما ذكرتم. ممنوع فإنهما وإن كانا يفترقان في بعض الأشياء فإن هذا الافتراق لا يجعل السلم خارجاً عن أفراد البيع لأن الخاص يندرج في العام ويجوز التعبير عنه باسمه.

ثالثاً: قولكم. إن للأسماء اعتباراً في ترتيب الأحكام عليها ممنوع بل إنما يحكم الشارع بالتفرقة بين العقود لما تضمنته من مصالح أو مفاسد تقتضي ترتيب أحكام خاصة عليها تبعاً لمقاصدها لا لألفاظها حتى اشتهر بين العلماء قاعدة: العبرة في العقود بمعانيها لا بألفاظها.

وبهذه المناقشة ظهر قوة رأي الجمهور وهو الذي يوافق سنن التشريع الإسلامي فإن الشارع لم يحدّ لألفاظ العقود بل ذكرها مطلقة فكما تنعقد بالألفاظ الرومية والفارسية والتركية فانعقادها مما يدل عليها من الألفاظ =

ولنا: أن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع؛ والدليلُ على أنه بَيْعٌ مَا رُوِيَ: «**أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيسَ عِنْدَ الإِنسانِ وَرَخَّصَ في السَّلَم**»[1] نهى - عليه الصلاة والسلام - عن بيع ما ليس عندَ الإنسان عاماً، وخصَّ[2] السلم بالرخصة فيه، فدل أن السلم بيع ما ليس عند الإِنسان؛ ليستقيم تخصيصه عن عموم النَّهي بالترخصِ فيه.

فصل[في شرائط الركن]

وأما شرائط الركن فهي في ألأصل نوعان: نوع يرجع إِلى نفس العقد، ونوع يرجع إِلى البدل.

أما الذي يرجع إِلى نفس العقد فواحد؛ وهو أن يكون العقد **باتاً عارياً** عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما[3]، ....

= العربية أدلى وأحرى متى عرف المتعاقدان المقصود بها.
وبهذا يحكم بصحة العقود التي تجري بين الناس اليوم على طريق السلم وهم لا يسمونها سلماً ولا ينطقون بلفظه حين التعاقد بل إن كثيراً منهم لا يدري من اسمه إلا أنه بيع مع شيوع التعامل به. وانتشاره انتشاراً عالمياً ملموساً فمن الحرج على الناس والتضييق عليهم في معاملتهم بل من الإساءة إلى الشريعة الإسلامية أن نحكم على عقودهم أجمعين بالفساد لأنهم لم يعبروا بلفظ خاص كيف والشريعة تنادي برفع الحرج بقول الله تعالى: ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ وبقول الرسول ﷺ إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه وفي قواعد الفقه الإسلامي: أن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله.
ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، فتح القدير ٥/ ٣٢٣، المحلى ٩/ ١٠٥ مغني المحتاج ٢/ ١٠٢، أعلام الموقعين ٢/ ١٠٨.

(١) تقدم.

(٢) في ط: ورخص.

(٣) إن اشتراط الخيار من أحد العاقدين في عقود المعاوضات المالية يمنع خروج العوض عن ملكه واشتراطه من العاقدين معاً يمنع خروج العوضين من ملكهما وذلك لأن العقد في حق المالك مع الخيار معلق على سقوطه ممن له الخيار والمعلق على الشيء معدوم قبل وجوده وإذا انعدم البيع انعدم الملك وينبني على ذلك ما يأتي
١ - إذا اشترط البائع الخيار لنفسه لا يخرج المبيع عن ملكه لأنه تمام العقد بالرضا والخيار يفيد عدم الرضا بزوال ملكه عن المبيع ولهذا جاز تصرفه فيه ولو بعد تسليمه للمشتري ولا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه في مدة الخيار ولو قبضه بإذن البائع.
٢ - إذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه كذلك لمثل ما ذكر.
٣ - إذا كان الخيار لهما لا يخرج ما لكل منهما عن ملكه في مدة الخيار.
ومن لا خيار له في الصورتين الأولين يخرج ماله عن ملكه في مدة خيار الآخر هذا كله باتفاق الإمام وصاحبيه. =

....

= ومع اتفاقهم هذا قد اختلفوا في دخول مال من لا خيار له في ملك من له الخيار وعدم دخوله.
فقال الإمام: إنه لا يدخل في ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل منه في ذمة شخص واحد وهذا لا أصل له في الشريعة.
وقال الصاحبان ـ إنه يدخل في ملك الآخر حتى لا يكون سائبة ولا سائبة في الإسلام.
وأجاب الإمام عن ذلك بأن السائبة المحرمة هي التي لا ملك فيها ولا تعلق ملك لأحد على الأبد والمبيع هنا ليس كذلك لأن عدم ملكيته لأحد المتعاقدين مؤقت بمدة الخيار ثم يصير ملكاً لواحد منهما بالإجازة أو الفسخ.
ويؤخذ من هذا أن اشتراط الخيار في العقد يحول دون ترتب آثاره عليه فإن العقد بالنسبة إلى من اشترطه لم يتم وإذن فليس له أن يتمتع بأي أثر له أو يلزم به إلا بعد إمضائه من ناحيته ويستلزم ذلك منع الآخر كذلك من التمتع بآثاره أو إلزامه بها ما دام العقد لم يتم نهائياً وإلى هذا ذهب الأئمة الأربعة.
إذا علم هذا فالدليل على اشتراط خلو عقد السلم من خيار الشرط ليكون العقد صحيحاً هو أن قبض رأس مال السلم في مجلس انعقاده شرط لصحته كما سيأتي ولا يقع القبض صحيحاً إلا إذا كان مملوكاً للقابض بالعقد وقد علم أن خيار الشرط يمنع من تحقق الملك فيلزمه مانعاً من صحة القبصه الذي هو شرط لصحة العقد وإذن فيكون شرط الخيار مبطلاً للعقد لمنافاته لشرط صحته ويلزمه عكسه وهو أن يكون العقد خالياً من شرط الخيار.
بهذا قال جمهور الأئمة وخالفهم في ذلك الإمام مالك رضي الله عنه فأجاز أن يقترن عقد السلم بخيار الشرط إلى مدة ثلاثة أيام وهي المدة التي يجوز تأخير رأس المال إليها عندهم.
وإذن فالقول بجواز خيار الشرط في السلم مبني على القول بجواز تأخير رأس المال عن مجلس العقد وسيأتي إن شاء الله تعالى في شرط قبض رأس المال ما يتبين به ضعف جواز تأخيره وأن الراجح وجوب تعجيله في المجلس كما هو قول الجمهور وبهذا يكون قولهم هنا أرجح.
وعلى قول الجمهور لو تعاقدا السلم مع شرط الخيار ثم أسقطا الشرط بعد هلاك الثمن أو إنفاقه فإن السلم يكون فاسداً ولا يعود صحيحاً اتفاقاً لأن رأس المال بهلاكه أو إنفاقه صار ديناً في ذمة المسلم إليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لو كان في ابتداء العقد ولأنه لأن في معنى ابتداء العقد إذ العقد قبل إسقاطه لم يكن له وجود شرعاً فلو جاز لكان من الكالئ بالكالئ المنهي عنه.
وهذا بخلاف ما لو أسقطاه قبل هلاك الثمن فإن في هذا خلافاً بين الأئمة إذا يقول أبو حنيفة وصاحباه بصحة العقد ويقول زفر والأئمة الثلاثة بفساده على نمط ما تقدم فيما لو شرطا الخيار أكثر من ثلاثة أيام ثم أجازه من له الخيار في الثلاث.
وكما أن عقد السلم يشترط فيه الخلو من خيار الشرط كذلك لا يثبت فيه خيار الرؤية في المسلم فيه لما يؤخذ مما تقدم أن خيار الرؤية لا يثبت إلا بشرطين
١ ـ أن يكون محل العقد شيئاً معيناً كدار أو ثوب.
٢ ـ أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد فإذا لم يره المشتري كان له الخيار عند رؤيته وأما إذا كان قد رآه فلا يثبت له الخيار.
وبالنظر في عقد السلم يُرى أنه لا يمكن أن يتحقق فيه الشرطان السابقان بالنسبة للمسلم فيه لما يأتي:
أولاً: لأن المسلم فيه دين كائن في ذمة المسلم إليه وإذن فقد فقد الشرط المثبت لخيار الرؤية وهو التعيين =

لأن جواز البيع مع شرط الخيار في الأصل [حكم][١] ثبت معدولاً به عن القياس[٢]؛ لأنه

= وعليه فلا يصلح أن يتحقق فيه هذا الخيار.

ثانياً: لأن المسلم فيه ومن موصوف حين العقد بصفات خاصة تضبطه وتعرفه فإذا ما أحضره المسلم إليه عند التسليم موافقاً لما وصف به فقد تحقق الرضا به وبذلك يكون ذكر الصفة قائماً مقام المشاهدة وعلى هذا فلا فائدة من اشتراط خيار الرؤية فيه إذ لا مقتضى له.

هذا بالنسبة للمسلم فيه وأما بالنسبة لرأس المال فقد يتصور أن يثبت فيه خيار الرؤية وذلك إذا ما كان عيناً مشخصة ليست حاضرة حين العقد ثم أحضرت في المجلس نفسه لأجل تسليمها فإن المسلم إليه حينئذ يكون بالخيار إذا رآها إن شاء أخذ وإن شاء ترك وإنما صح هذا في عقد السلم لأنه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض الذي هو شرط صحة العقد.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، فتح القدير ٥/ ١١٥، الشرح الكبير ٣/ ١٩٥.

(١) سقط من ط.

(٢) جرى الفقهاء على أن يقولوا في بعض الأحكام هو مشروع على وفق القياس وفي بعضها هو مشروع على خلاف القياس كما قالوا هنا فيحسن أن أبين المراد من قولهم هذا ليعلم أن السلم شرع على خلاف القياس أو على وفقه فأقول:

الأصل أن لفظ القياس إذا أطلق في لسان الفقهاء ينصرف إلى القياس الأصولي الذي هو مساواة فرع لأصل في علة حكمه الشرعي.

فالفرع هو المحل الذي سكت عنه دليل الأصل ويراد تعدية حكم الأصل إليه بواسطة جامع بينه بين محل آخر منصوص على حكمه وهذا الآخر هو الأصل والجامع بينهما هو العلة.

فمعنى كون المشروع موافقاً للقياس أن الشارع الحكيم قد شرع النص من الكتاب أو السنة مثلاً ووجدت فيه علة حكم آخر منصوص عليه بحيث يصلح أن يعتبر أصلاً يقاس عليه ذلك الحكم الذي أتى به النص أخيراً لاشتراكهما في العلة فيقال حينئذ إن الحكم المتأخر مشروع بأحكامه مثلاً على وفق القياس.

ومعنى كون المشروع مخالفاً للقياس أن الشارع الحكيم قد شرعه بنص من الكتاب أو السنة مثلاً ووجدت فيه علة حكم أصل مخالف للحكم الثابت فيه بالنص فيقال حينئذ إنه مشروع على خلاف القياس وإن شئت قلت كما قال ابن القيم: والحكم إنما يكون على خلاف القياس إذا كان النص قد جاء في موضع يشابهه بنقيض ذلك الحكم فيقال هذا خلاف قياس ذلك النص.

وإنما يكون المراد من لفظ القياس عند الفقهاء هذا المعنى المذكور إذا لم يكن دليل الأصل شاملاً للفرع أما إذا كان شاملاً له فإنه لا يصح أن يكون لفظ القياس مراداً به المعنى الأصولي لقولهم: إن من شروط القياس أن لا يشمل دليل الأصل الفرع وحينئذ إذ قال الفقهاء في حكم إنه مشروع على خلاف القياس أو على وفقه وكان الفرع مما يشمله دليل الأصل يكون المراد من لفظ القياس هنا القياس الأصلي «اللغوي» الذي هو التقدير والمساواة بمعنى أن ذلك الحكم إذا قدر ونسب إلى قاعدة الشرع في نظائره من الأحكام فإن وافقها كان الحكم مشروعاً على وفق القياس وإن خالفها كان مخالفاً له.

إذا علم هذا فقد اختلفت أنظار الفقهاء في مشروعية المسلم هل جاءت على خلاف القياس أم على وفقه.

قال جمهور الفقهاء بالأول.

وقال ابن القيم وشيخه ابن تيمية بالثاني. =

....

= احتج الجمهور على مجيء المسلم مخالفاً للقياس بما يأتي:
أن بيع المعدوم منهي عنه شرعاً لقوله ﷺ لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك. وهذا عام مشمل الموجود الذي ليس في ملك البائع كما يشمل المعدوم إذ يصدق عليه أنه ليس عند الإنسان وإنما نهى عن بيع المعدوم للعجز عن التسلم الذي هو مقتضى عقد البيع.
وبالنظر في عقد السلم يرى أن المعقود عليه ليس عند البائع إذ هو معدوم حين العقد لأن الفرض في السلم أنه عقد على ما في الذمة فتكون علة النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان من العجز عن التسليم قد وجدت وتحققت في عقد السلم فلذا كان القياس فيه أن يكون منهياً عنه فتجويزه بعدئذ بالنصوص الدالة على مشروعيته ليكون على خلاف القياس.
وبقي بعدئذ النظر في المراد من لفظ القياس في قول الجمهور إن السلم مشروع على خلاف القياس ولتحقيق ذلك أقول:
صح عن النبي ﷺ أنه قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» فإذا كان المراد البيع في هذا الحديث البيع المطلق الذي هو بيع العين بالدين فحينئذ يكون المراد من لفظ القياس في قولهم هذا هو القياس الأصولي لأن الحديث إذ ذاك لم يتبادل إلا فرداً واحداً من أفراد البيع وهو البيع المطلق والعلة في النهي عن هذا البيع عند عدم البيع هي العجز عن تسليم «البيع» للمشتري حين العقد.
وبالنظر في عقد السلم يرى أن هذه العلة موجودة ومتحققة فيه لعدم وجود محل التعاقد حين العقد ومقتضى وجود هذه العلة فيه أن يلحق بالبيع المطلق إذا كان على معدوم ويقاس عليه قياساً أصولياً فيأخذ حكمه وهو الحرمة والبطلان فتكون مشروعيته بعد أن اقتضى هذا القياس بطلانه وتحريمه تشريعاً على خلاف القياس الأصولي.
وعلى هذا الطريق سار الإمام السرخسي في مبسوطه والإمام العيني في البناية شرح الهداية وصاحب الدرر في درره حيث قالوا: والقياس يأبى جوازه لأن بيع الموجود غير المقدور على تسليمه باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان وإنما تركناه بآية المداينة اهـ.
وهذا لأن معنى القياس الأولويّ أن يقاس بيع السلم على بيع الأعيان الموجودة غير المقدور على تسليمها ووجه الأولوية فيه أن المجهول الموجود له ثبوت من بعض الوجوه بخلاف المعدوم فإنه نفي محض.
وبيع المجهول الموجود باطل قطعاً فيبطل بالأولى بيع المعدوم ولا يصح هذا القياس إلا إذا أريد من البيع في الحديث البيع المطلق كما تقدم.
وخالف هذه الطريقة الإمام المحقق الكمال بن الهمام فرأى أن المراد من البيع في الحديث مطلق البيع فيكون القياس الأصولي قد فقد شرطه المتقدم وهو أن لا يشمل دليل الأصل الفرع. وعليه فلا يكون مراداً ووجه شمول دليل الأصل الفرع على هذا الرأي أن مطلق البيع جنس له أنواع كثيرة. منها المقايضة والصرف والسلم والبيع المطلق وكل هذه الأنواع سواء في اندراجها تحت جنس البيع المنهي عنه فلا يصح قياس أحدها على الآخر إذ ليس أحدها أولى بأن يكون أصلاً والآخر فرعاً له.
وقد تقدم أنه إذا تعذر القياس الأصولي يكون المراد بالقياس في قولهم المتقدم «من أن السلم مشروع على خلاف القياس» القياس الأصلي اللغوي، وهو التقدير والمساواة.
وعلى هذا المعنى يوجه قولهم هذا بأن السلم إذا قدر ونسب إلى قاعدة جواز البيع وهي أن يكون المبيع موجوداً مملوكاً للبائع وللبائع عليه ولاية بوكالة مثلاً مقدور التسليم حال العقد حسًّا وشرعاً وجد أنه لا =

شرط يخالف مقتضى العقد [لأن مقتضى العقد][1] بثبوت الحكم للحال، وشرط الخيار يمنع انعقاد العقْد في حق الحكم، ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصْل، إلا أنا عرفنا جوازه بالنص، والنص ورد في بيع العين، فبقي ما وراءه على أصل القِيَاس، خصوصاً إذا لم يكن في معناه، والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار؛ لأنه شرع لدفع الغبن، والسلم مبناه على **الغبن ووكس** الثمن؛ لأنه بيع **المفاليس** فلم يكن في معنى مورد النص، فورود النص هناك لا يكون وروداً ههنا دلالة، فبقي الحكم فيه للقياس؛ ولأن قبض رأس المال من شرائط الصِّحة على ما نذكره، ولا صحَّة للقبض إلا في الملك، وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك، فيمنع المستحقّ صحة القبض، بخلاف [خيار][2] **المستحق** أنه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال، وقد افترقا بعد[3] القبض وأجاز المستحق ـ فالسلم صحيح؛ لأنه لما أجاز تبين أن العقد وقع صحيحاً من حين وجوده، وكذا القبض؛ إذ الإجازة اللاَّحقة بمنزلة الوكالة السابقة، وبخلاف خيار الرؤية والعيب؛ لأنه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحَّة القبض.

ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق بأبدانهما، ورأس المال قائم في يد المسلم

= يساويها ولا تنطبق هي عليه وهذا معنى مخالفته للقياس عندهم هذه وجهة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء على كلتا الطريقتين وخالفهم في ذلك ابن القيم وشيخه فاستدلا على أن السلم مشروع على وفق القياس بما يأتي:

أولاً: أن السلم بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالباً فهو كالمعاوضة على المنافع في الإجارة فكما جازت المعاوضة على المنافع في الإجارة على وفق القياس لأن قياسها على بيع الثمر بعد أن يبدو صلاحه يقضي بمشروعيتها لانتفاء الغرر في كل فكذا السلم لأن كلاً منهما عقد على مقدور التسليم غالباً ولا غرر فيه.

ثانياً: أن الابتياع بثمن مؤجل جائز على وفق القياس إجماعاً فيلحق به الابتياع بمبيع مؤجل الذي هو السلم لأن كلا يرد على أمر مضمون في الذمة ثابت فيها مقدور على تسليمه غالباً فكل من الثمن والمبيع عوض في البيع وليس من فرق بين كون أحد العوضين يجوز تأجيله في الذمة وبين الآخر فهذا شغل لذمة المشتري بالثمن المضمون وهذا شغل لذمة البائع بالمبيع المضمون ومما يؤيد أنه لا فرق بينهما أن آية المداينة عامة تعم الثمن والمثمن فهما سواء.

ويرجح هذا الفهم أن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ترجمان القرآن قد فهمه حيث قال: أشهد أن السلف المضمون في الذمة حلال في كتاب الله وقرأ هذه الآية.

وبهذا ثبت أن إباحة السلم على وفق القياس والمصلحة.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، أعلام الموقعين ٢/ ١٠٦، المبسوط للسرخسي ١٦/ ١٢٤، الدرر ٢/ ١٩٤، فتح القدير ٥/ ٣٢٤.

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

(٣) في ط: عن.

إليه ـ ينقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر، وقد مرت المسألة، وإن كان هالكاً أو مستهلكاً لا ينقلب إلى الجواز بالإجماع؛ لأن رأس المال يصير ديناً على المسلم إليه، والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضاً.

وأما الذي يرجع إلى البدل فأنواع ثلاثة: نوع يرجع إلى رأس المال خاصة، ونوع يرجع إلى المسلم فيه خاصة، ونوع يرجع إليهما جميعاً.

أَمَّا الَّذِي يرجعُ إِلى رأس المال فأنواع:[1]

---

(١) ذكر الحنفية لصحة السلم شروطاً لضبط المسلم فيه فقالوا يشترط.
١ ـ بيان جنس المسلم في العقد كقطن أو قمح أو تمر.
٢ ـ بيان نوع المسلم فيه في العقد. كقطن عفيفي أو أشموني أو قمح صعيدي أو بحيري أو تمر سيوي أو سماني.
٣ ـ بيان قدر المسلم فيه في العقد كجيد أو متوسط أو رديء.
٤ ـ بيان قدر المسلم فيه في العقد بكيل أو وزن أو ذرع أو عدّ بأدوات يؤمن فقدها من أيدي الناس فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد.
٥ ـ أن يكون مما يمكن ضبط قدره وصفته ضبطاً لا يبقى معه جهالة فاحشة وهو المكيلات والموزونات والمزروعات والعدديات المتقاربة. وقالت المالكية يشترط لصحة السلم في المسلم فيه.
١ ـ بيان صفات المسلم فيه التي تختلف بها القيمة في السلم عادة ببلد المسلم فيه ومكانه كالنوع والجودة والرداءة والتوسط بينهما.
٢ ـ ضبط المسلم فيه بعادة أهل محل العقد من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ.
وقالت الشافعية يشترط لصحة السلم في السلم فيه.
١ ـ معرفة الأوصاف التي يختلف بها الفرض اختلافاً ظاهراً وينضبط بها المسلم فيه.
٢ ـ كون المسلم فيه معلوم القدر كيلا فيما يكال ووزناً فيما يوزن وذرعاً فيما يزرع وفيما يعد.
وقالت الحنابلة يشترط لصحة السلم في المسلم فيه.
١ ـ وصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً بذكر جنسه ونوعه وصفته وقدر حبّه ولونه إن اختلف الثمن به.
٢ ـ بيان قدره بالكيل أو الوزن أو الذرع أو العد بأدوات معلومة عند العامة.
٣ ـ أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته من المكيل والموزون والمزروع والمعدود وبالنظر في هذه الشروط يمكن الخلوص إلى النتيجة الآتية وهي:
أولاً: أن الشرط الأول عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة وهو العلم بأوصاف السلم فيه يشمل عند الحنفية شروطاً ثلاثة هي: بيان جنسه ونوعه. وصفته لأن المعلومية لا تتم إلا ببيان هذه الأشياء الثلاثة وكل إمام منهم قد ذكرها بياناً للفرض الذي يقصده وهو معرفة الأوصاف التي يختلف بها الثمن.
ثانياً: أن الشرط الثاني عند كل من المالكية والشافعية وهو معلومية قدرة مثل الشرط الرابع عند الحنفية والثاني عند الحنابلة فقد اشترطاه أيضاً إلا أن المالكية والشافعية لما رأوا أنه إذا علم قدره من كيل أو وزن أو ذرع أو عدٍّ فلا بد أن يكون مما ينضبط لذلك لم يذكروا شرط كونه مما ينضبط كما هو صنيع الحنفية =

منها بيان جنسه؛ كقولنا: دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر.

ومنها: بيان نوعه إذا كان في البلد نقود مختلفة؛ كقولنا: دراهم **فتحية** أو دنانير **نيسابورية**(١) أو حنطة **سبقية** أو تمر **برني**.

ومنها بيان صفته(٢)؛ كقولنا: جيد أو وسط أو رديء، لأن جهالة الجنس والنوع والصفة [جهالة](٣) مفضية إلى المنازعة، وأنها مانعة صحَّة البيع؛ لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم. ومنها بيان قدره إذا كان مما يتعلَّق العقد بقَدْره، من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة. ولا يكفي بالإِشارة إليه، وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحد قولي الشَّافعي(٤).

= والحنابلة حيث ذكروه شرطاً مستقلاً.

ومجمل هذا أنه بمقارنة هذه الشروط التي تختلف في عددها وتتفق في المراد منها يمكن استنتاج أن الأئمة رضوان الله عليهم قد اتفقت كلمتهم على أن المسلم فيه لا بد أن يكون مما ينضبط في نفسه ولا بد من ضبطه في العقد على وجه ينفي الجهالة الفاحشة المؤدية إلى المنازعة.

ينظر الشرح الكبير ٣/٢٠٦، مغني المحتاج ٢/١٠٧، كشاف القناع ٢/١٢٠.

(١) نيسابورية: نسبة إلى نيسابور.

(٢) ويراد بالصفة هنا الجودة والرداءة والتوسط بينهما فإن الفقهاء يختلفون في أن النص على أحد هذه الثلاثة ضروري لتحقق الضبط أم ليس بضروري.

فيرى فقهاء الحنفية والحنابلة عدم تحققه وهو أحد قولي الشافعية لأن الفرض من اشتراط الضبط رفع الجهالة المفضية إلى المنازعة وبدون بيانها لا ترتفع. ويرى فقهاء المالكية وهو القول الثاني للشافعية تحققه بدون بيانها في العقد لأن العرف قائم مقام بيانها وعند عدم العرف يحمل على الوسط عند المالكية وعلى الجيد عند الشافعية.

وعلى هذا فإذا أسلم شخص لآخر اثني عشر جنيهاً في أربعة أرادب من القمح الهندي ولم يذكرا صفته من جودة ورداءة فإنه يكون العقد فاسداً عند الحنفية والحنابلة صحيحاً عند المالكية والشافعية على أحد القولين.

والذي أراه أن القول بفساده كما هو رأي الحنفية والحنابلة سديد قوي الحجة كيف لا والواقع يؤيده إذ من المبيعات ما له رتب مختلفة ودرجات متفاوتة وقد جرت العادة بعدم التسامح فيها ولم يكن عرف في تعيين إحداها كالأقطان مثلاً. فإن مراتبها مختلفة يتفاوت الثمن والفرض باختلافها وكل أنواعها كثير الوجود شائع الاستعمال فمثل هذا لا بد من تعيين إحداها حينئذ عند العقد وإلا فسد. ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

(٣) سقط من ط.

(٤) كما لو أسلم في المكيل وزناً أو في الموزون كيلاً فإن الفقهاء حينئذ يختلفون أيضاً في صحة السلم بناء على تحقق شرط الضبط أو عدم تحققه.

فمشهور مذهب الحنفية أن السلم صحيح. لتحقق شرط الضبط. =

وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بشرط والتَّعيين بالإشارة كاف؛ وهو أحد قولي الشَّافعي - رحمه الله -، ولو كان رأس المال مما لا يتعلّق العقد بقدره من **الذرعيات** والعدديات المتفاوتة - لا يشترط إعلام/ قدره، ويكتفي بالإشارة بالإجماع؛ وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس **١٠٢/٣ب** بشرط، والإشارة كافية بالإجماع، وصورة المسألة: إذا قال: أسلمت إليك هذه الدّراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها، أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها - لا يجوز عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز، ولو قال: أسلمت إليك هذا الثوب ولم يعرف ذرعه، أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عدده - جاز بالإجماع.

وجه قولهما: أن الحاجة إلى تعيين رأس المال، وأنه حصل بالإشارة إليه، فلا حاجة إلى إعلام قدره؛ ولهذا لم يشترط إعلام قَدْر الثمن في بيع العين ولا في السلم، إذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره[1].

= لأن اشتراط الضبط في المسلم فيه كما هو للمعلومية على وجه يرفع النزاع بين المتعاقدين والمعلومية كما تكون بالكيل في المكيل مثلاً تكون بالوزن فيه وذلك باتفاقهما على الوزن.

وبهذا قال الشافعي وهو رأي ابن المنذر إحدى روايتي الحنابلة.

وقالت المالكية لا يصح السلم حينئذ لعدم تحقق شرطه.

لأنه قدّره بغير ما هو مقدر به فلم يتحقق الضبط الذي هو شرط الصحة فيه فلا يجوز ومما يؤيد هذا أنه لو كان محققاً لشرط الضبط لجاز بيع المكيلات من الأموال الربوية بعضها ببعض وزناً وبالعكس مع أنه لا يصح فما ذاك إلا لاختلال الضبط في بيع المكيل وزناً وبيع الموزون كيلاً وهو الرواية الثانية عند الحنفية والحنابلة.

(١) وطريق العلم به إما أن يكون بالرؤية فيما تكون المشاهدة مفيدة للعلم به كالعقار والحيوان وإما بوصفه وصفاً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية للمنازعة كما في المثليات ونحوها حيث يجب بيان جنسه ككونه ذهباً أو فضة أو قمحاً أو شعيراً وبيان نوعه «إن كان مما يختلف به وإلا فلا داعي إليه» ككون الجنيه مصرياً أو انجليزياً والقمح مسقياً أو بعلياً» وبيان صفته ككونه جيداً أو متوسطاً أو رديئاً وبيان قدره كأن يقول خمسة جنيهات أو عشرين إردباس القمح مثلاً.

وعلى هذا اتفقت كلمة الفقهاء مستندين إلى نحو ما تقدم لهم في شرط ضبط المسلم فيه إلا أن أنظارهم اختلفت هنا هل تعتبر الإشارة وحدها طريقاً من طرق العلم الرافعة لجهالة المقدار أم لا ولبيان وجهة أنظارهم في هذا الموضوع أقول:

اتفقوا على أن الإشارة إلى رأس المال تفيد العلم به وتكون كافية عن بيان مقداره فيما إذا كان مما لا ينظر فيه إلى المقدار بأن يكون من الذرعيات أو العدديات المتفاوتة كما لو اتفقا على أن يكون رأس المال ثوباً أو عبداً أو حيواناً مثلاً.

أما إذا كان رأس المال مما ينظر فيه إلى المقدار كأن يكون من الكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة بأن اتفقا على أن يكون رأس المال صبرة من طعام أو كمية من الزيت أو دراهم أو دنانير دون أن =

....

= يعلم مقدار كيل صبرة الطعام أو كمية أرطال الزيت أو عدد الدراهم أو الدنانير فهاهنا قد اختلفت الأنظار.
فذهب الإمام أبو حنيفة والثوري إلى عدم الاكتفاء بالإشارة بل لا بد عندهما من النص على تعيين الكيل والوزن والعد وهذا أحد قولي الشافعي وأحمد وذهب إلى الاكتفاء بالإشارة الإمامان أبو يوسف ومحمد والإمام مالك إذا توفرت فيه شروط بيع الجزاف عنده وهو القول الثاني للشافعي وأحمد.
وقد وجه الفريق الأول القائل بعدم الاكتفاء بالإشارة وأنه لابد من تعيين المقدار قولهم بما يأتي:
أولاً: بما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال به وهو فقيه من فقهاء الصحابة وقول الفقيه مقدم على القياس.
ثانياً: اتفق العلماء على أن المسلم فيه لابد من تعيينه ولا يكتفي بالإشارة في بيان فليلحق به رأس المال في عدم الاكتفاء بالإشارة إليه في بيان قدره لأن كلا منهما عوض في العقد ولا داعي للتفرقة بينهما.
ثالثاً: أن السلم عقد لا يملك إتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس المال ليرد بدله كالقرض والشركة.
رابعاً: أن عدم النص على مقدار رأس المال اكتفاء بالإشارة إليه يؤدي إلى جهالة المسلم فيه الممنوعة اتفاقاً وما يؤدي إلى الممتنع شرعاً ممتنع شرعاً.
بيان ذلك: أن السلم إليه من شأنه أن يكون محتاجاً ومعسراً ومن كان هذا شأنه فبمجرد أن يتسلم شيئاً من المال يسارع إلى إنفاقه في حاجياته فإذا كان قد صرف بعضه ثم ظهر في البعض الآخر زيوف واختار المسلم إليه أن يستبدله ويرده ولم يتيسر له هذا في مجلس العقد يكون العقد باطلاً بقدره فإذا لم يكن قدر الكيل معلوماً لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي وقد نشأ هذا الفساد من عدم تعيين المقدار اكتفاء بالإشارة وما ينشأ عنه الفساد يكون مفسداً ومجمل هذا أن جهالة المسلم فيه مفسدة اتفاقاً فكذا ما يستلزمها من عدم النص على بيان رأس المال فإنه يكون مفسداً.
وقد وجه الفريق الثاني القائل بالاكتفاء بالإشارة وأنه لا داعي للنص على المقدار قولهم بما يأتي: -
أولاً: إن الإشارة إلى رأس المال تنفي الجهالة الفاحشة المؤدية للمنازعة فتكون كافية عن النص على مقداره قياساً على الثمن المعجل في البيع المطلق وعلى الأجرة المعجلة في الإجارة وعلى رأس المال المضاربة وعلى رأس مال السلم الذي لا يتعلق العقد على مقداره فكما لا يشترط النص على مقدار هذه الأشياء اكتفاء بالإشارة إليها كذلك رأس مال السلم فيما معنا بجامع أن كلا منها عوض في معاوضة مالية.
ثانياً: أن رأس مال السلم عوض في عقد لا يقتضي رد المثل فوجب أن تفنى المشاهدة عن ذكر صفاته كالمهر والثمن في البيع.
وإذا نظر في أدلة الفريق الثاني أمكن مناقشتها بما يأتي: -
أولاً: يتجه على قياسهم رأس مال السلم على كل من الثمن المعجل والأجرة ورأس مال المضاربة ورأس مال السلم الذي لا ينظر فيه إلى المقدار أن هناك فرقاً بين رأس مال السلم وبين هذه الأشياء الأربعة.
أما بيان الفرق بالنسبة بينه وبين كل من الثمن المعجل والأجرة ومال المضاربة فإن كلا من هذه الأمور إذا حصل فيها ما يوجب رده أو استبداله فإنه لا يضر العقد ولا يترتب عليه فسخه إذ العقد في كل منها لا يوجب تعجيل قبضه بخلاف رأس مال السلم فإنه لو حصل فيه شيء مما يوجب الرد أو الاستبدال فإنه يستلزم جهالة المسلم فيه وهي ضارة بالعقد فكذا ما يستلزمها. =

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن جهالة قدر رأس المال تؤدّي إلى جهالة قدر المسلم فيه، وأنها مفسدة للعقد، فيلزم إعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن؛ كما إذا أسلم في المكيل بمكيال نفسه بعينه.

ودلالة أنها تؤدي إلى ما قلنا: أن الدراهم على ما عليه العَادَة لا تَخْلو عن قليلِ زيف، وقد يرد الاستحْقاق على بعضها، فإذا رد الزَّائف ولم يستبدل في مجلس الردّ، ولم يتجوز

= وأما بيان الفرق بينه وبين رأس المال الذي لا ينظر فيه إلى المقدار فإن القدر في المقيس عليه ملحق بالصفة والبيع لا يقابل الأوصاف ألا ترى أنه لو قال أسلمت إليك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر سلمت له الزيارة مجاناً فما ذاك إلا لأن الزيادة فيها تجري مجرى الصفة وإعلام صفة رأس المال ليس بشرط الصحة السلم إذا كان معيناً مشاراً إليه فكان هذا قياساً مع الفارق.

ثانياً: يتجه على قياس رأس مال السلم على المهر والثمن أن هناك فرقاً بين المقيس والمقيس عليه فإن المهر ليس عوضاً في مبادلة مالية وأن جهالته لا تستلزم فساد النكاح وكذلك الثمن لا يشترط تعجيله فإن تبين زيفه لم يؤد إلى فساد مقابلة بخلاف رأس مال السلم في ذلك وبالنظر في وجهة الفريق الأول أنها نوقشت من جانب الفريق الثاني بما يأتي:

أولاً: أن كلا من الرد والاستبدال والاستحقاق أمر موهوم. والموهوم لا وجود له فلا يعتبر وخاصة فيما بنى على الرخص كالسلم.

ثانياً: أن دليل الإمام القائل بأن الاكتفاء بالإشارة في رأس المال يؤدي إلى جهالة المسلم فيه يرد عليه أن فيه اعتبار شبهة الشبهة بل وأنزل منها لأن وجود الزيف محتمل ثم اختيار الرد محتمل ثم عدم الاستبدال في مجلس العقد محتمل وما هو كذلك لا يعتبر إذا اعتبر هو الشبهة فقط.

ولكن يجاب عن الاتجاه الأول بتسليم أن هذا موهوم إلا أنه لا يمنع من اعتباره لأن العموهوم في هذا العقد كالمعلوم لأنه قد شرع مع المنافي لشرعيته كون المبيع معدوماً فيكون ضعيفاً في شرعيته فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور.

أما ترى قول النبي ﷺ: أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه، فإنه قد اعتبر الموهوم وهو ذهاب ثمرة الحائط حيث رتب ﷺ عدم الجواز عليه بالاستفهام الإنكاري ومما يؤيد اعتبار الموهوم في هذا العقد أيضاً اتفاق العلماء على عدم صحة السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول وهذا أمر وهمي وهو معتبر.

كما أجيب عن الاتجاه الثاني إما بأنها شبهة واحدة لأن الكل مبني على وجود الزيف وإما بأن السؤال فاسق لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك.

ومن الموازنة بين أدلة الفريقين يستنتج أن أرجح القولين وأولاهما بالقبول هو القول بعدم الاكتفاء بالإشارة ووجوب النص على المقدار وذلك ما يمكن أن يكون موافقاً لقواعد الشريعة إذ إنها قد احتاطت في هذا العقد فمنعت فيه كل ما يوجب زيادة غرر ويؤدي إلى المشاحة والمنازعة ولا شك أن الاكتفاء بالإشارة كثيراً ما يجري إلى التنازع والبغضاء الأمر الذي تأباه الشريعة وتنهى عنه دائماً في كل معاملاتها.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، مغني المحتاج ٢/ ١٠٤، الشرح الكبير ٣/ ١٩٦، فتح القدير ٥/ ٢٣٩.

المستحقّ ـ ينفسخ السلم في المسلم فيه بقدر المردود والمستحق ويبقى في الباقي وذلك غير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر؛ ولهذا لم يصح السلم في المكيلات بقفيز بعينه؛ لأنه يحتمل هلاك القفيز، فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصحَّ؛ كذا هذا، بخلاف بيع العين؛ فإن الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر في العقد، لأنَّ قبض الثمن غير مستحقّ، وبخلاف الثّياب والعدديات المتفاوتة؛ لأن القدْر فيها ملحق بالصِّفة.

ألا ترى أنه لو قال: أسلمت إِليك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع، فوجده المسلم إليه أحد عشر ـ سلمت الزيادة له، فثبت أن الزيادة فيها تجري مجرى الصفة، وإعلام صفة رأس المال ليس بشرْط لصحَّة السلم إذا كان معيناً مشاراً إِليه.

وعلى هذا الخلاف: إذا كان رأس المال جنساً واحداً مما يتعلَّق العقد على قدره، فأسلمه في جنسين مختلفين كالحنطة والشعير، أو نوعين مختلفين من جنس واحد **كالهروي** والمروي ولم يبين حصَّة كل واحد منهما ـ فالسّلم فاسد عند أبي حنيفة، وعندهما جائز، ولو كان جنساً واحداً مما لا يتعلق العقد على قدره؛ كالثوب والعددي المتفاوت، فأسلمه في شيئين مختلفين ولم يبيّن حصة كل واحدٍ منهما من ثمن رأس المال ـ فالثمن جائز بالإِجماع.

ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين، فأسلم ما في جنس واحد ـ فهو على الاخْتِلاف.

والكلام في هذه المسألة بناء على الأصْل الذي ذكرنا؛ أن كون رأس المال معلوم القدْر شرط لصحة السّلم عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشَرْط.

ووجه البناء على هذا الأَصل: أن إِعلام القدر لما كان شرطاً عنده، فإذا كان رأس المال واحداً وقوبل بشيئين مختلفين ـ كان انقسامه عليهما من حيث القيمة لا من حيث الأجزاء، وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف إِلا بالحزر والظن، فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولاً، وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده، وعندهما إِعلام قدره ليس بشرط، فجهالته لا تكون ضارّة، ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين جنسهما واحد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد، ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة ـ فالسلم جائزٌ بالإِجماع، أما عندهما فظاهر؛ لأَن إِعلام قدر رأس المال ليس بشرط.

وأما عنده: فلأن حصّة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن، فكان قدر رأس المال معلوماً، وصار كما إذا أسلم عشرة دراهم في قفيزي حنطة، ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال ـ أنه يجوز؛ لما قلنا كذا هذا.

ولو قبض الثوبين بعد محلّ الأجل، ليس له أن يبيع أحدهما مرابحةً على خمسة دراهم

عند أبي حنيفة؛ وعند أبي يوسف ومحمد: له ذلك، وله أن يبيعهما جميعاً مرابحة/ على عشرة ٣/ ١٠٣أ بالإجماع؛ وكذا لو كان بين حصّة كل ثوب خمسة دراهم، له أن يبيع أحدهما على خمسة مرابحة بلا خِلاَف، ونذكر دلائل هذه الجملة في مسائل المرابحة إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون مقبوضاً في مجلس السّلم[1]؛ لأن المسلم فيه دين، والافتراق لا عن

(١) اتفق الفقهاء على أن يكون رأس المال وهو الثمن معجلاً إلا أنهم قد اختلفت آراؤهم في حد التعجيل.
فالجمهور على أنه يجب أن يكون قبل الافتراق بالأبدان.
والمالكية على أنه يكون قبل مضي ثلاثة أيام من مبدء العقد.
وقد استدل الجمهور على مدعاهم بما يأتي: -
أولاً: لو لم يقبض رأس المال قبل الافتراق لأدى إلى محرم شرعاً وهو الافتراق عن دين بدين وما يؤدي إلى المحرم شرعاً يمتنع شرعاً فيجب القبض في المجلس ووجه أنه افتراق عن دين بدين عند عدم قبض رأس المال قبل الافتراق أن عقد السلم لا يقع إلا على دين موصوف في الذمة فإذا افترقا ولم يقبض رأس المال كان ديناً في الذمة أيضاً فيكون افتراقاً على دين بدين وقد نهينا عنه بما روي أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء وهو الدين بالدين.
والسر في هذا أن مطلوب صاحب الشرع صلاح ذات البيت وحسم مادة الفساد والفتن وتقليلها بقدر الإمكان حتى بالغ في ذلك بقوله ﷺ: «لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا» وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سبباً في كثرة الخصومات والعداوات فمنع الشرع ما يفضي إلى ذلك وهو بيع الدين بالدين.
ثانياً: أن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط ووجه ذلك أنه يسمى سلما وسلفاً لغة وشرعاً أما لغة فالعرب تقول أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وأما شرعاً فقد جاء في الحديث الشريف الروايتان فتارة روي بلفظ من أسلم فليسلم وتارة أخرى بلفظ من أسلف فليسلف والسلم ينبىء عن التسليم والسلف ينبىء عن التقديم فيقتضي لزوم تسليم رأس المال وتقديم قبضه على قبض المسلم فيه وإلا ضاعت فائدة التسمية وكانت لغواً وعبثاً من الشارع الحكيم وهو منزه عن ذلك.
ثالثاً: إن في عقد السلم غرراً بتأخير المسلم فيه فلا يضم إليه غرر تأخير تسليم رأس المال.
رابعاً: أن الفرض أن المسلم إليه محتاج شأن إقدامه على هذا العقد فلا بد من تسليم رأس المال إليه فوراً ليتصرف فيه على حسب حاجته وإلا فلو لم يقبضه قبل الافتراق لعاد على حكمته بالنقض وهي حاجته.
واستدل الإمام مالك على أن التأخير إلى الثلاثة أيام تعجيل بما يأتي:
أولاً: أن الأحاديث الواردة في السلم الدالة على مشروعيته وبيان شروطه لم تنص على أن تعجيل رأس المال في المجلس شرط فدل كل هذا على أن وقوع قبض رأس المال في المجلس ليس بشرط.
ثانياً: أن المانع من جواز تأخير قبض رأس المال هو مخافة أن يؤدي ذلك إلى بيع دين بدين وحيث لم يشرطاه في العقد لا يخرج هذا العقد إلى الدين عرفاً.
ثالثاً: أن تأخير قبض رأس المال إلى آخر المجلس غير مفسد للعقد فكذلك تأخيره إلى يومين أو ثلاثة لأن هذا التأخير لا يخرج العقد عن كونه سلماً إذ إن ما قارب الشيء يعطي حكمه.
ويمكن مناقشة أدلة المالكية هذه بما يأتي. =

قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وأنه منهي عنه، لما رُوِيَ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الكَالِئِ بالكَالِئِ»[1] أي النسيئة بالنسيئة، ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشَّرط، فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً تقول العرب: أسلمت وأسلفت بمعنى واحدٍ، وفي الحديث: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ».

= أولاً: قولهم النصوص الدالة على مشروعيته لم تذكره شرطاً فدل هذا على عدم شرطيته فيه أن هذه الأحاديث إنما تعرضت للشروط التي لم يكن معمولاً بها زمن المشروعية. وليس من اللازم أن كل ما لم ينص عليه ليس شرطاً إذ قد يترك بيانه بجريان العرف به.

على أنه قد يمنع عدم تعرض الأحاديث لهذا الشرط بل قد ذكرته ونصت عليه في قوله ﷺ: من أسلف فليسلف: الحديث ولذا قال الشافعي فيما رواه البيهقي. أن قول النبي ﷺ. من سلف فليسلف كأنه قال فليعط لأنه لا يقع اسم التسليف فيه حتى يعطيه ما سلف قبل أن يفارق من سلف فدل هذا على النص على شرطيته فكان شرطاً.

ثانياً: أن قولهم: الافتراق عن دين بدين إنما يكون إذا اشترطا تأخير رأس المال في العقد يلزمهم أن لا يجوز والتأخير إلى الثلاثة أيام إذا كان مشروطاً ولكنهم أجازوه مع الشرط.

ثالثاً: قياسهم التأخير إلى الثلاثة أيام على التأخير إلى آخر المجلس قياس مع الفارق إذ العرف يقضي بأن المقبوض في المجلس يسمى معجلاً ولا يقضي بذلك فيما أخر إلى نحو الثلاثة أيام وبذلك فسد قياسهم.

ومن هذا خلص لي أن أرجح مذهب الجمهور إذ هو مقتضى ظاهر النص.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، فتح القدير ٥/ ٣٤٢، مغني المحتاج ٢/ ١٠٢، كشاف القناع ٢/ ١٢٩.

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٧١) كتاب البيوع، الحديث (٢٦٩) والحاكم (٢/ ٥٧) كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الكالىء بالكالىء، والبيهقي (٥/ ٢٩٠) كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الدين بالدين، من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء» قال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه) ووافقه الذهبي، وأخرجه الدارقطني (٣/ ٧٢) الحديث (٢٧٠) والحاكم، والبيهقي من طريق ذؤيب بن عمامة ثنا حمزة بن عبد الواحد عن موسى ابن عقبة، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به، وزاد: «هو النسيئة بالنسيئة» وسكت عنه الحاكم، وتعقبه الذهبي بأن ذؤيباً واهٍ، وقد ضعف البيهقي الطريقين فقال: (موسى هذا هو ابن عبيدة الربذي، وشيخنا أبو عبد الله ـ يعني الحاكم ـ قال في روايته عن موسى بن عقبة وهو خطأ، والعجب من أبي الحسن الدارقطني شيخ عصره روى هذا الحديث في كتاب السنن عن أبي الحسن علي بن محمد المصري هذا فقال عن موسى بن عقبة، وشيخنا أبو الحسن بن بشران رواه لنا عن أبي الحسن المصري في الجزء الثالث من سنن المصري فقال عن موسى غير منسوب، ثم أردفه المصري بما رواه عن أحمد بن داود ثنا عبد الأعلى بن حماد ثنا عبد العزيز بن محمد عن أبي عبد العزيز الربذي عن نافع عن ابن عمر به. وأبو عبد العزيز الربذي هو موسى بن عبيدة) ا.هـ ثم أخرجه البيهقي من طريق ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٣٣٥) ثنا القاسم بن مهدي ثنا أبو مصعب عن عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عبيدة فذكره. قال ابن عدي: (وهذا معروف بموسى بن عبيدة عن نافع) قال البيهقي: (وقد رواه عبيد الله بن موسى وزيد ابن الحباب وغيرهما عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر) ثم أخرجه البيهقي =

وَرَوَي: «مَنْ سَلَفَ فَلْيُسْلَفْ في كَيْلٍ مَعْلُوم»[1] والسلم ينبئ عن التسليم والسلف ينبئ عن التقدم، فيقتضي لزوم تسليم رأس المال، ويقَدم قبضه على قبض المسلم فيه، فإن قيل: شرط الشيء يسبقه أو يقارنه، والقبض يعقب العقد، فكيف يكون شرطاً؟ فالجواب أن القَبْض شرط بقاء العقد على الصّحة لا شرط الصِّحة، فإن العقد ينعقد صحيحاً بدون قبض، ثم يفسد

= (٥/ ٢٩٠ ـ ٢٩١) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الدين بالدين. من طريق عبيد الله بن موسى، ومحمد ابن عمر الواقدي وزيد بن الحباب كلهم عن موسى بن عبيدة. ثم أخرجه من طريق ذؤيب بن عمامة ثنا حمزة بن عبد الواحد عن موسى ـ غير منسوب ـ عن عبد الله بن دينار به، ثم قال: (ولم ينسب شيخنا أبو الحسين بن بشران عن أبي الحسن المصري فقال عن موسى، وهو ابن عبيدة بلا شك، وقد رواه الدارقطني عن أبي الحسن المصري فقال عن موسى بن عقبة، رواه شيخنا أبو عبد الله بإسناد آخر عن مقدام بن داود الرعيني عن ذؤيب بن عمامة فقال عن موسى بن عقبة وهو وهم، والحديث مشهور بموسى ابن عبيدة، عن نافع عن ابن عمر، ومرة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر وأخرجه أيضاً ابن أبي شيبة (٦/٥٩٧ ـ ٥٩٨) كتاب البيوع، باب من كره أجلاً بأجل الحديث (٢١٦٧)، (٢١٦٩) والبزار (٢/ ٩١ ـ ٩٢) حديث (١٢٨٠) من طريق موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الشمار، وعن بيع المجر، وعن بيع المجر، وعن بيع الغرر، وعن بيع كالىء بكالىء وعن بيع آجل بعاجل، قال: والمجر: ما في الأرحام، والغرر أن تبيع ما ليس عندك، وكالىء بكالىء: دين بدين، والآجل بالعاجل: أن يكون لك على الرجل ألف درهم. فيقول الرجل اعمل لك بخمسمائة ودع البقية، والشغار: أن تنكح المرأة بالمرأة ليس بينهما صداق».

وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٤٠) وزاد نسبته لإسحق بن راهويه.

وأخرجه الطبراني في الكبير كما في «نصب الراية» (٤/ ٤٠) من طريق موسى بن عبيدة عن عيسى بن سهل ابن رافع بن خديج عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن المعاملة والمزابنة ونهى أن يقول الرجل للرجل: أبيع هذا بنقد وأشتريه بنسيئة حتى يبتاعه ويحرزه وعن كالىء بكالىء دين بدين.

ومنه تعلم اضطراب موسى بن عبيدة في هذا الحديث في سنده وفي متنه وموسى بن عبيدة الربذي.

وقد توبع موسى بن عبيدة تابعه ابراهيم بن أبي يحيى المجمع على كذبه.

أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٩٠) رقم (١٤٤٤٠) عن ابراهيم الأسلمي به.

(١) أخرجه أحمد (١/ ٢٨٢)، والبخاري (٤/ ٤٢٩). كتاب السلم، باب في وزن معلوم، حديث (٢٢٤٠) و(٢٢٤١)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ ـ ١٢٢٧): كتاب المساقاة: باب السلم، حديث (١٢٧/ ١٦٠٤)، وأبو داود (٣/ ٧٤١ ـ ٧٤٢) كتاب البيوع والتجارات: باب في السلف، حديث (٣٤٦٣)، والترمذي (٣/ ٦٠٢ ـ ٦٠٣): كتاب البيوع: باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر، الحديث (١٣١١)، والنسائي (٧/ ٢٩٠): كتاب البيوت، باب السلف في الثمار، وابن ماجه (٢/ ٧٦٥) كتاب التجارات: باب السلف في كيل معلوم، حديث (٢٢٨٠). وابن الجارود ص: (٢٠٨/ ٢٠٩). باب في السلم، حديث (٦١٤) و(٦١٥)، والدارمي (٢/ ٢٦٠): كتاب البيوع: باب في السلف، والدارقطني (٣/ ٣). كتاب البيوع. رقم (٣) والحميدي (١/ ٢٣٧)، رقم (٥١٠). والطبراني في الصغير (١/ ٢١٢) والشافعي (٢/ ١٦١). رقم (٥٥٧). والبيهقي (٦/ ١٨): كتاب البيوع: باب جواز السلف المضمون بالصفة، وفي (٦/ ١٩): باب السلف في الشيء. والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٣٨ ـ بتحقيقنا).

بالافتراق لا عن قبض، وبقاء العقد صحيحاً يعقب العقد ولا يتقدمه، فيصلح القبض شرطاً له، وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامَّة العلماء استحساناً، والقياس ألاَّ يشترط قبضه في المجلس إذا كان عيناً، وهو قول مالك ـ رحمه الله ـ.

وجه القياس: أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين، وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائزٌ.

وجه الاستحسان: أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة[1]، ولا تجعل العين رأس مال

---

(١) وقد فرعوا على وجوب قبض رأس المال في المجلس أنه إذا كان ديناً في ذمة المسلم إليه كان العقد غير صحيح لأن القبض الواجب شرعاً منعدم في هذه الحالة حقيقاً فيلزم الافتراق عن دين بدين فيكون العقد باطلاً.

= قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم منهم مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي وعن ابن عمر أنه قال: لا يصح ذلك.

هذا ولكن إذا أحضر المدين الدين الذي في ذمته قبل افتراقهما عن المجلس وأقبضته رب السلم للمسلم إليه صح العقد لوجوب شرطه حينئذ وهو قبض رأس المال قبل الافتراق.

وهذا إذا كان كل رأس المال ديناً في ذمة المسلم إليه أما إذا كان رأس المال مكوناً من جزءين أحدهما معين مقبوض في مجلس العقد وثانيهما دين في ذمة المسلم إليه.

فقال الإمام أبو حنيفة وصاحباه والإمام الشافعي بجواز العقد في القدر المقبوض وبفساده في حصة الدين.

وقالوا: أما جوازه في حصة المقبوض فلاستجماع شرائط السلم ومنها قبض رأس المال وأما فساده في الحصة التي هي في مقابلة الدين فلفوات القبض المستحق شرعاً في قدر الدين لأن العقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه وإنما ينعقد بمثله وهو غير مقبوض.

وقال زفر بفساد العقد في المقبوض أيضاً وهو قول ابن حزم:

وهذا لأن الفساد اللاحق للعقد من عدم قبض جزء من رأس ماله فساد قوي محكي في صلب العقد. فيشيع في كل ما تضمنه العقد لا فرق بين مقبوض وغير مقبوض. ولأنه جعل قبول العقد في حصة الدين شرطاً لقبوله في حصة النقد وهذا شرط مفسد للعقد ولأنه عقد واحد جمع بين فاسد وجامع فيكون فاسداً لأن العقد لا ينقبض.

فعلى هذا لو أسلم شخص لآخر مائتي قرش في إردب من الذرة الشامية ونقده منها مائة وكان على المسلم إليه المائة الثانية ديناً فإن هذا العقد يكون صحيحاً في نصف الأردب المقابل للمائة المقبوضة وباطلاً في النصف الآخر المقابل بالمائة الدين عند أئمة الحنفية الثلاثة والشافعية والحنابلة. وأما عند زفر وابن حزم فالكل باطل.

والذي أراه أرجح دلالة وأيسر معاملة ما عليه الأئمة لأن الفساد الذي نشأ من عدم قبض حصة الدين طارىء على العقد بعد أن وقع العقد صحيحاً لأنه لم يقترن بأصل العقد إذ كونه ديناً عضو في المجلس ألا ترى أنه لو أقبضه فيه بدل المائة الدين مائة أيضاً يكون العقد صحيحاً ولا يضره التبعيض للعلم بحصة كل من البدلين.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

السلم إلا نادراً، والنّادر حكمه حكم الغالب، فيلحق بالدين على ما هو الأصل في الشَّرع في إلحاق المفرد بالجملة؛ ولأن مأخذ العقد في الدّلالة على اعتبار هذا الشَّرط لا يوجب الفَصْل بين الدّين والعين على ما ذكرنا، وسواء قبض في أول المجلس أو في آخره ـ فهو جائز؛ لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة؛ وكذا لو لم يقبض حتى قاما يمشيان، فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهما ـ لأن ما قبل الافتراق بأبدانهما له حكم المجلس.

وعلى هذا يخرج الإِبراء عن رأس مال السلم؛ أنه لا يجوز بدون قبول رب السلم؛ لأن قبض رأس المال شرط صحّة السلم، فلو جاز الإِبراء من غير قبوله وفيه إسقاط هذا الشرط أصلاً ـ لكان الإِبراء فسخاً معنى. وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد، فلا يصح الإِبراء، وبقي عقد السلم على حاله.

وإِذا قبل جاز الإِبراء؛ لأن الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وأنه جائز، وإِذا جاز الإِبراء وأنه في معنى الفسخ ـ انفسخ العقد ضرورة، بخلاف الإِبراء عن المسلم فيه أنه جائزٌ من غير قبول المسلم إِليه؛ لأنه ليس في الإِبراء عنه إِسقاط شرط؛ لأَن قبض المسلم فيه ليس بشرط، فيصح من غير قبول، وبخلاف الإِبراء عن ثمن المبيع أنه يصحُّ من غير قبول المشتري إلا أنه يرتد بالرد؛ لأَن قبض الثمن ليس بشرط لصحَّةِ البيع إِلا أنه يرتد بالرد؛ لأن في الإِبراء معنى التمليك على سبيل التبرّع، فلا يلزم دفعاً لضرر المنة، ولا يجوز الإِبراء عن المبيع؛ لأنه عين والإِبراء إِسقاط، وإِسقاط الأَعيان لا يعقل.

وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السّلم في مجلس العقد؛ أنه لا يجوز، وهو أن يأخذ برأس مال السّلم شيئاً من غير جنسه؛ لأن قبض رأس المال لما كان شرطاً، فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة؛ وإِنما يقبض بدله وبدل الشَّيء غيره.

وكذلك الاستبدال ببدل الصَّرف لما قلنا، فإِن أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ، ورضي المسلم إليه بالأردأ ـ جاز؛ لأنه قبض جنس حقه، وإِنما اختلف الوصف؛ فإِن كان أجود، فقد قضى حقه وأحسن في القضاء، وإِن كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه النقصان، فلا يكون أخذ الأجود والأَردأ استبدالاً، إِلا أنه لا يجبر على أخذ الأَردأ؛ لأَن فيه فوات حقه عن صفة الجودة، فلا/ بد من رضاه، وهل يجبر على الأَخذ ٣/١٠٣ب إِذا أعطاه أجود من حقه؟ قال علماؤنا الثلاثة ـ رحمهم الله ـ: يجبر عليه، وقال زفر: لا يجبر.

وجه قوله: أن رب السلم في إِعطاء الزيادة على حقه متبرّع، والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التّبرع؛ لما فيه من إلزام **المنة** فلا يلزمه من غير التزامه.

ولنا: أن إِعطاء الأجود مكان الجيد في قضاء الديون لا يعد فضلاً وزيادة في العادات،

بل يعد من باب الإِحسان في القَضَاء ولواحق الإِيفاء، فإذا أعطاه الأجود، فقد قضى حقّ صاحب الحق وأجمل في القضاء، فيجبر على الأَخذ.

وأما الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر، فلا يجُوز أيضاً، لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدّم؛ وهو أن المسلم فيه مبيع منقول، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجُوز، وإِن أعطى أجود أو أردأ، فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرنا.

وأما استبدال رأس مال السّلم بجنس آخر بعد الإِقالة أو بعد انفساخ السلم العارض ـ فلا يجوز عندنا، خلافاً لزفر، ويجوز استبدال بدل الصّرف بعد الإِقالة بالإِجماع، وقد مرّ الكلام فيه والفرق فيما تقدّم، وتجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضِرٍ والكفالة به؛ لوجود ركن هذه العُقود مع شرائطه، فيجوز كما في سائر العقود، فلو امتنع الجواز فإِنما يمتنع لمكان الخلل في شرط عقد السلم وهو القبض، وهذه العقود لا تخل بهذا الشّرط بل تحققه؛ لكونها وسائل إلى استيفاء الحق فكانت مؤكدة له، هذا مذهب أصْحَابنا الثّلاثة ـ رحمهم الله ـ.

وقال زفر: لا يجُوز؛ لأن هذه العقود شرعت لتوثيق حق يحتمل التأَخر عن المجلس، فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصحّ، وهذا غير سديد؛ لأن معنى **التَّوثيق** يحصل في الحقين جميعاً، فجاز العقد فيهما جميعاً، ثم إذا جازت الحوالة والكفالة، فإِن قبض المسلم إِليه رأس مال السلم من **المحال** عليه أو الكفيل من رب السلم ـ فقد تم العقد بينهما إذا كانا في المجلس، سواء بقي **الحويل والكفيل** أو افترقا بعد أن كان العاقدان في المجلس، وإِن افترقا العاقدان بأنفسهما قبل القبض ـ بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة، وإِن بقي المحال عليه والكفيل في المجلس؛ فالعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما؛ لأن القبض من حقوق العَقْد وقيام العقد بالعاقِدَين، فكان المعتبر مجلسهما.

وعلى هذا الحوالة والكفالة ببدل الصّرف أنهما جائزان لما قلنا، لكن التقابض من الجانبين قبل تفرّق العاقدين بأبدانهما شرط، وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا؛ فإِن افترق العاقدان بأبدانهما قبل التقابض من الجانبين، بطل الصّرف وبطلت الحوالة والكفالة؛ كما في السلم.

وأما الرّهن برأس مال السلم[1]؛ فإِن هلك الرّهن وقيمته مثل رأس المال أو أكثر ـ فقد

---

(١) اختلف العلماء في جواز أخذ الكفيل أو الرهن في بدلي السلم. وذلك كأن يقول رب السلم للمسلم إليه أعطني كفيلاً أو رهناً بالمسلم فيه فيرضى أو يقول المسلم إليه لرب السلم أعطني كفيلاً أو رهناً استوفي منه رأس المال في المجلس.

=

تم العقد بينهما؛ لأنه حصل مستوفياً لرأس المال؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء؛ لأنه قبض مضمون، وقد تقرر الضَّمان بالهلاك، وعلى الراهن مثله من جنسه في المالية فيتقاضان، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال، فتم عقد السلم، وإن كان قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدرة، ويبطل في الباقي؛ لأنه استوفى من رأس المال بقدره؛ وإن لم يهلك الرهن حتى افترقا، بَطَل السلم؛ لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال، وعليه رد الرهن على صاحبه.

وكذا هذا الحكم في بدل الصّرف إذا أخذ به رهناً؛ أنه إن هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بأبدانهما تم عقد الصّرف؛ لأنه بالهلاك صار مستوفياً؛ وإن لم يهلك حتى افترقا، بطل الصرف لفوات شرط الصحّة وهو القبض كما في السلم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان رأس المال ديناً على المسلم إليه أو على غيره فأسلمه؛ أنه لا يجوز؛ لأن القبض شرط ولم يوجد حقيقة، فيكون افتراقاً عن دين بدين، وأنه منهي؛ فإن نقده في المجلس، جاز إن كان الدين على المسلم إليه؛ ولأن المانع ههنا ليس إلا انعدام القبض حقيقة وقد زال، وإن كان على غيره لا يجوز وإن نقده/ في المجلس، لكن هناك مانع آخر وهو ٣/ ١٠٤أ العجز عن التَّسليم؛ لأن ما في ذمة الغير لا يكون مقدور التَّسليم، والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصِّحة على ما مر، وهذا المانع منْعَدم في الفصل الأول؛ لأن ذمة المسلم إليه في يده، فكان قادراً على التَّسليم عند العقد، وإنما لم يجز لعدم القبض، وإذا وجد جاز.

= فمشهور أقوال الأئمة في ذلك الجواز لأن النصوص الدالة على جواز الرهن والكفيل عامة تشمل السلم وغيره.

وروي المنع عن الإمام أحمد وجماعة من العلماء منهم زفر استناداً إلى أن أخذ الرهن أو الكفيل برأس المال لا فائدة منه إذ من شرطه القبض في المجلس على رأس المال قبل القبض دين غير واجب إذ من حق المتعاقدين الفسخ قبل تفرقهما.

وأما أخذ الرهن أو الكفيل بالسلم فيه فلا يمكن استيفاؤه منهما إذ إن حق رب السلم دين موصوف في ذمة المسلم إليه وذلك الدين لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لأنه لا يتعلق بذمة الكفيل إلا المطالبة به فقط والرهن عين أخرى غير الدين الموصوف فلا يمكن استيفاء المسلم فيه من كفيل أو رهن وبذلك كان أخذهما خالياً من الفائدة فيكون باطلاً.

وللناظر في هذه الأدلة أن يمنع الخلو من الفائدة إذ إن من حق رب السلم أن يطالب الكفيل عند عجز الأصيل أو يبيع الرهن ويشتري بثمنه ما يماثل دينه كما أن للمسلم إليه الحق في أن يطمئن على تمام العقد واستيفائه الثمن الذي هو في حاجة إليه.

وأما كون رأس المال ديناً غير واجب فذلك مما يمنع إذ بعد التعاقد لا يملك أحدهما الفسخ إلا بتراضيهما معاً فكان الدين مما لا يقبل السقوط إلا باتفاق المتعاقدين معاً وهذا هو الوجوب كما في كل الديون.

وبعد هذا النظر يتبين رجحان مذهب الجمهور وأنه أوفق بحفظ الأموال.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

ولو أسلم ديناً وعيناً وافترقا، جاز في حصة العين وبطل في حصّة الدين؛ لأَن الأَصل أن الفساد بقدر المفسد، والمفسد عدم القَبْض وأنه يخص الدين، فيفسد السلم بقدره؛ كما لو اشترى عبدين ولم يقبضهما حتى هلك أحدهما قبل القَبْض، أنه يبطل العقد في الهالك ويبقى في الآخر لما قلنا؛ كذا هذا.

وعلى هذا يخرج ما إِذا قبض رأس المال، ثم انتقص القبض فيه بمعنى أوجب انتقاصه - أنه يبطل السلم.

وبيان ذلك: أن جملة رأس المال لا تخْلو أما أن تكون عيناً وهو ما يتعين بالتعيين، وإِما أن تكون ديناً وهو ما لا يتعين بالتعيين؛ والعين لا تخلو إِما أن توجد مستحقاً أو معيباً، والدين لا يخلو إِما أن يوجد مستحقاً أو زيوفاً[1] أو **نبهرجة**[2] أو **ستوقاً** أو **رصاصاً**، وكل ذلك لا يخلو إِما أن يكون قبل الافتراق أو بعده، وجد كله كذلك أو بعضه دون بعض.

وكذلك أحد المتصارفين إِذا وجد بدل الصّرف كذلك فهو على التفاصيل التي ذكرنا؛ فإِن كان رأس المال عيناً فوجده المسلم إليه مستحقاً أو معيباً، فإِن لم يجز المستحق ولم يرض المسلم إِليه بالعيب، يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله؛ لأنه انتقض القبض فيه بالاستحقاق والردّ بالعيب، ولا يمكن إقامة غيره مقامه في القَبْض؛ لأنه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس، فيبطل السلم، وإِن أجاز المستحق ورضي المسلم إِليه بالعيب - جاز السلم، سواء كان قبل الافتراق أو بعده؛ لأنه تبين أن قبضه وقع صحيحاً، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال أو لا، ولا سبيل للمستحق على المقبوض؛ لأنه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكاً للمسلم إِليه، وله أن رجع على الناقد بمثله إِن كان مثلياً وبقيمته إِن لم يكن مثلياً؛ لأنه أتلف عليه ماله بالتسليم.

وكذا في الصَّرف، غير أن هناك إذا كان البدل المستحق أو المعيب عيناً كالتّبر والمصوغ من الفضة، ولم يجز المستحق ولا رضى القَابض بالمعِيب حتى بطل الصّرف - يرجع على قابض الدينار بعين الدِّينار إِن كان قائماً، وبمثله إِن كان هالكاً، ولا خيار لقابض الدينار في ظاهر الرواية؛ كما في بيع العَيْن إذا استحق المبيع وأخذه المستحق، ولو كان قابض الدِّينار تصرّف فيه وأخرجه من ملكه، لا يفسخ عليه تصرفه، وعليه مثله كما في المقبوض بعقد فاسد.

هذا إذا كان رأس المال عيناً، فأما إذا كان ديناً فإِن وجده مستحقاً وأجاز المستحق -

---

(١) الزيوف: الرديئة.

(٢) النبهرج: الزيف الرَّدِيء.

فالسلم ماض، سواء كان قبل الافتراق أو بعده؛ لأنه ظهر أن القبض كان صحيحاً، ولا سبيل للمشتري على المقبُوض ويرجع على الناقد بمثله؛ لأنه أتلفه بالتسليم وهو مثلي فيرجع عليه بمثله وإن لم يجز، فإن كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس ـ فالسلم ماض؛ لأن رأس المال إذا كانَ ديناً، كان الواجب في ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه، فقبض المستحق إن لم يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الإجازة يقوم قبض مثله مقامه، فيرجع عليه بمثله ويلحق ذلك الذي كان بالعَدَم؛ كأنه لم يقبض وأخر القبض فيه إلى آخر المجلس، بخلاف ما إذا كان عيناً؛ لأن المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق، وتعذر إقامة قبض غيره مقامه، فجعل[1] الافتراق لا عن قَبْض، فيبطل العقد، وإن كان بعد الافتراق يبطل السلم؛ لأنه تبين أن الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال.

هذا إذا وجده مستحقاً، فأما إذا وجده زيوفاً أو نبهرجة، فإن تجوز المسلم إليه فالسلم ماض على الصِّحة، سواء وجده قبل الافتراق أو بعده؛ لأن الزيوف من جنس حقه؛ لأنها دراهم لكنها معيبة بالزِّيافة وفوات صفة الجودة، فإذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب/ ورضي بقبض حقِّه مع النُّقصان، بخلاف الستوق فإنه لا يجوز به، وإن تجوز به، لأنه ليس من جنس الدَّراهم على ما نذكره، وإن لم يتجوز به ورده؛ فإن كان قبل الافتراق واستبدله في المجلس، فالعقد ماض، وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن كان بعد الافتراق، بطل السلم عند أبي حنيفة وزفر، سواء استبدل في مجلس الرد أو لا، وعند أبي يوسف ومحمد: إن لم يستبدل في مجلس الرد فكذلك، وإن استبدل لا يبطل السلم.

٣/ ١٠٤ب

وجه قولهما: أن قبض الزيوف وقع صحيحاً؛ لأنه قبض جنس الحق، ألا يرى أنه لو تجوز بها جاز، ولو لم يكن من جِنْس حقه لما جاز. كالستوق، إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيافة فكانت من جنس حقه أصلاً لا وصفاً، فكانت الزيافة فيها عيباً، والمعيب لا يمنع صحَّة القبض؛ كما في بيع العين إذا كان المبيع معيباً، وبالرد ينتقض القَبْض لكن مقصوراً على حالة الردّ، ولا يستند الانتقاض إلى وقت القبض، فيبقى القبض صحيحاً كان ينبغي ألاَّ يشترط قبض بدله في مجلس الرد؛ لأن المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة، إلا أنه شرط؛ لأن للرد شبهاً بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد إلا بالرد؛ كما لا يجب القبض في مجلس العقد إلا بالعقد، فألحق مجلس الرد بمجلس العقد.

وجه قول أبي حنيفة وزفر ـ رحمهما الله ـ: أن الزيوف من جنس حق المسلم إليه، لكن أصلاً لا وصفاً؛ ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصْف، فكان حقه في الأصل

---

(١) في أ: فحصل.

والوصْف جميعاً، فصار بقبض الزيوف قابضاً حقه من حيث الأَصل لا من حيث الوصف، إلا أنه إذا رضي به فقد أسقط حقَّه عن الوصف، وتبين أن المستحق هو قبض الأَصل دون الوصف لإبرائه إياه عن الوصف، فإذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق، وإن لم يرض به تبين أنه لم يقبض حقه؛ لأَن حقه في الأَصل والوصف جميعاً؛ فتبين أن الافتراق حَصَل لا عن قبض رأس مال السلم.

هذا إذا وجده زيوفاً أو نبهرجة، فأما إذا وجده ستوقاً أو رصاصاً فإن وجده بعد الافتراق ـ بطل السلم؛ لأن الستوق ليس من جنس الدَّراهم.

ألا ترى أنها لا تروج في معاملات النَّاس، فلم تكن من جِنْس حقه أصلاً ووصفاً، فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال ـ فيبطل السلم وسواء تجوز به أو لا؛ لأَنه إذا لم يكن من جنس حقه كان التجوُّز به استبدالاً برأس مال السلم قبل القبض، وأنه لا يجوز، بخلاف الزيوف فإنها من جنس حقه على ما بيَّنا، وإن وجده في المجلس فاستبدل. فالسلم ماض، لأَن قبضه وإن لم يصح فقد بقي الواجب في ذمَّة رب السلم دراهم هي حق المسلم إليه، فإذا قبضها فقد قبض حقه في المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم؛ كأنه لم يقبض أصلاً، وأخر قبض رأس المال إلى آخر المجلس.

وكذا في الصَّرف، غير أن هناك: إذا ظهر أن الدراهم ستوقة أو رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصَّرف ـ فقابض الدِّينار يستردّ دراهمه الستوقة، وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار عين ديناره إن كان قائماً، ومثله إن كان هالكاً، ولا خيار لقابض الدينار؛ كذا ذكر محمد في الأَصْل؛ لأنه إذا ظهر أن المقبوض ستوقة أو رصاص، فقد ظهر أن قبضه لم يصحَّ، فتبين أن الافتراق حَصَل لا عن قبض، فيبطل السَّلم وبقي الدينار في يده من غير سبب شرعي، فأشبه يد الغصب واستحقاق المبيع في بيع العين، وهناك يسترد عينه إن كان قائماً، كذا ههنا.

وطعن عيسى بن أبان وقال: ينبغي أن يكون قابض الدِّينار بالخيار، إن شاء رد عين الدينار وإن شاء رد مثله، ولا يستحق عليه رد عين الدِّينار، وإن كان قائماً؛ لأنه لم يكن متعيناً في العقد فلا يكون متعيناً في الفسخ.

والاعتبار باستحقاق المبيع غير سديد؛ لأن هناك ظهر بطلان العقد من الأصل؛ لأنه إذا لم يجز المستحق تبين أن العقد وقع باطلاً من حين وجوده، وهناك العقد وقع صحيحاً، وإنما بطل في المستقبل لعارض طرأ عليه بعد الصِّحة، فلا يظهر بطلانه من الأَصل.

وبعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونَصَروه، وحملوا [عليه][1] جواب الكتاب على ما إذا اختار قابض الدِّينار رد عين/ الدِّينار، والله سبحانه وتعالى أعلم. ١٠٥أ

---

(١) سقط من ط.

هذا الذي ذكرنا إِذا وجد المسلم إِليه كل رأس المال مستحقاً أو معيباً أو زيوفاً أو ستوقاً، أما إِذا وجد بعضه دون بعض ففي الاسْتِحْقَاق إِذا لم يجز المستحق ينقص العقد بقدر المسْتَحِق، سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً بلا خلاف؛ لأن القبض انتقص فيه بقدره، وكذا في الستوق والرصاص، فبطل العقد بقدره قليلاً كان أو كثيراً بالإِجماع لما قلنا؛ وكذا هذا في الصَّرف، غير أن هناك قابض الستوقة يصير شريكاً لقابض الدينار في الدِّينار الذي دفعه بدلاً عن الدراهم، فيرجع عليه بعينه، وعلى قول عيسى: قابض الدِّينار بالخيار على ما ذكرنا.

وأما في الزيوف والنبهرجة: فقياس قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن ينقض العقد بقدره إِذا لم يتجوز ورده استبدل في مجلس الردّ أو لا، وهو قول زفر؛ لأَنه تبين أن قبض المردود لم يصحّ، فتبين أن الافتراق حَصَل لا عن قبض رأس المال في قدر المردُود، فيبطل السلم بقدره إِلا أنه استحسن في القليل، وقال: إِن كان قليلاً فرده واستبدل في ذلك المجلس ـ فالعقد ماضٍ في الكل، وإِن كان كثيراً، يبطل العقد بقدر المردود؛ لأن الزيافة في القليل مما لا يمكن **التحرُّز** عنه؛ لأن الدراهم لا تخلو عن ذلك، فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفَاصِل بين القليل والكثير، مع [أن][١] اتفاق الروايات على أن الثلث قليل، وفي رواية عنه: أن ما زاد على الثّلث يكون كثيراً، وفي رواية: النصف، وفي رواية عنه: الزائد على النصف؛ وكذا هذا في الصَّرف، غير أن هناك إِذا كثرت الزيوف فرد حتى بطل العقد في قدر المردود عند أبي حنيفة ـ يصير شريكاً لقابض الدينار، فيسترد منه عينه، وعلى قول عيسى: قابض الدينار بالخيار على ما بيّنا؛ ولو كان تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه، لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في البيع الفاسد على ما مرّ.

وكل جواب عرفته في السلم والصَّرف فهو الجواب في عقد تتعلق صحّته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصّرف والسلم؛ كمن كان له على آخر دنانير فصالح منها على دراهم، أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصُوف في الذمة أو غيرهما مما يثبت مثله في الذمَّة ديناً، فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود، ممَّا يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطاً لصحة القعد، فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقّة أو زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصاً كلها أو بعضها، قبل الافتراق أو بعده، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا تخرج **مقاصة**[٢] رأس مال السلم بدين آخر على المسلم إِليه؛ بأن وجب على المسلم إِليه دين مثل رأس المال؛ أنه هل يصير رأس المال قصاصاً بذلك الدين أم لا، فهذا لا يخلو إِما أن وجب دين آخر بالعقد، وإِما أن وجب بعقد متقدم على عقد السلم، وإِما أن وجب

---

(١) سقط من ط.

(٢) مقاصة: قصاص.

بعقد متأخر عنه؛ فإن وجب بعقد متقدم على السلم؛ بأن كان ربُّ السلم باع المسلم إليه ثوباً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة، حتى أسلم إليه عشرة دراهم في كر حنطة، فإن جعلا الدينين قصاصاً أو تراضياً بالمقاصة ـ يصير قصاصاً، وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصاً، وهذا استحسان، والقياس ألاَّ يصير قصاصاً كيف ما كان، وهو قول زفر.

وجه قوله: أن قبض رأس المال شرط؛ والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة، فكان الافتراق حاصلاً لا عن قبض رأس المال، فبطل السلم.

ولنا: أن العقد ينعقد موجباً للقبض حقيقة لولا المقاصة، فإذا تقاصا تبين أن العقد انعقد موجباً قبضا بطريق المقاصة وقد وجد، ونظيره ما قُلْنا في الزيادة في الثَّمن والمثمن: أنها جائزة استحساناً، وتلتحق بأصل العقد؛ لأن بالزيادة تبين أن العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعاً، كذا هذا.

وإن وجب بعقد متأخّر عن السلم لا يصير قصاصاً، وإن جعلاه قصاصاً إلا رواية عن أبي يوسف شاذة؛ لأن بالمقاصة لا يتبين أن العقد وقع موجباً قبضاً بطريق المقاصة/ من حين وجوده؛ لأن المقاصة تستدعي قيام دينين، ولم يكن عند عقد السلم إلا دين واحد، فانعقد موجباً حقيقة القبض، وأنه لا يحصل بالمقاصة.

٣/ ١٠٥ب

هذا إذا وجب الدين بالعقد، فأما إذا وجب بالقبض كالغصب والقرض فإنه يصير قصاصاً أو لا، بعد أن كان وجوب الدّين الآخر متأخراً عن العقد؛ لأن العقد إن انعقد موجباً قبضاً حقيقة فقد وجد ههنا، لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة، فيجعل عن قبض رأس المال؛ لأنه واجب وقبض الغصب محظور، وقبض القرض ليس بواجب فكان إيقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك لم يوجد القبض حقيقة، والقبض بطريق المقاصة يمكن في أحد الفصلين دون الآخر، على ما بيَّنا والله عز وجل أعلم.

هذا إذا تساوى الدينان، فأما إذا تفاضلا بأن كان أحدهما أفضل والآخر **أدون**، فرضي أحدهما بالقصاص وأبى الآخر؛ فإنه ينظر إن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصاً؛ لأن حقه في الجودة معصوم محترم، فلا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه، وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصاً؛ لأنه لما رضي به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه عن الفضل، كأنه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه، وهناك يجبر على الأخذ؛ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم.

وكذلك المقاصة في ثمن الصّرف تخرج على هذه التَّفاصيل التي ذكرناها في رأس مال السلم، فافهم والله الموفق للصواب.

ثم ما ذكرنا في اعتبار هذا الشَّرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد، فأما بعد

ارتفاعه بطريق الإِقالة أو بطريق آخر ـ فقبضه ليس بشَرْط في مجلس الإِقالة بخلاف القبض في مجلس العقد وقبض بدل الصَّرف في مجلس الإِقالة؛ أنه شرط لصحة الإِقالة كقبضهما في مجلس العقد.

ووجه الفرق: أن القبض في مجلس العقد في البابين ما هو شرط لعينه، وإنما هو شرط للتَّعيين، وهو أن يصير البدل معيناً بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا، ولا حاجة إلى التَّعيين في مجلس الإِقالة في السلم؛ لأنه لا يجوز استبداله، فيعود إليه عينه، فلا تقع الحاجة إلى التَّعيين بالقبض، فكان الواجب نفس القبض، فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف؛ لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض؛ لأن استبداله جائز، فلا بد من شرط القبض في المجلس ليتعيَّن، والله أعلم.

فصل [في الذي يرجع إلى المسلم]

وأما الذي يرجع إلى المسلم فأنواع أيضاً: منها أن يكون معْلُوم الجنس؛ كقولنا: حنطة، أو شعير، أو تمر.

ومنها أن يكون معْلُوم النوع؛ كقولنا: حنطة سقية أو **نحسية**، تمر برني أو فارسي هذا إذا كان مما يختلف نوعه، فإن كان مما لا يختلف، فلا يشترط بيان النَّوع.

ومنها أن يكون معْلُوم الصِّفة، كقولنا: جيد، أو وسط، أو رديء.

ومنها أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الزرع؛ لأن جهالة النَّوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة، وأنها مفسدة للعقد. وقال النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ، فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُوم إِلىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ**»[1].

ومنها أن يكون معلوم القَدْر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن أيدي الناس، فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد؛ فإن[2] أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره؛ بأن قال: بهذا الإِناء ولا يعلم كم يسع فيه، أو بحجر لا يعرف عياره؛ بأن قال: بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه، أو بخشبة لا يعرف قدرها؛ بأن قال: بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها، أو بذراع يده، ولو كان هذا في بيع العين؛ بأن قال: بعتك من هذه الصّبرة ملء هذا الإِناء بدرهم، أو من هذا الزيت وزن هذا الحجر بدرهم ـ يجوز في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ: أنه لا يجوز في بيع العين أيضاً؛ كما لا يجوز في السلم، وروي عن أبي يوسف أنه كان يقول أولاً: لا يجوز، ثم رجع وقال: يجوز.

---

(١) تقدم

(٢) في ط: بأن

وجه هذه الرواية: أن هذا البيع مكايلة، والعلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة، ولم يوجد فيفسد؛ كما لو باع قفزاناً من هذه الصبرة ولظاهر/ الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين. ٣/١٠٦أ

ووجه الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن التَّسليم في باب السلم يجب عقيب العقد، وإنما يجب بعد محل الأَجل، فيحتمل أن يهلك[١] الإناء قبل محل الأجل، وهذا الاحتمال إن لم يكن غالباً فليس بنادر أيضاً، وإذا هلك يصير السلم فيه مجهول القدر بخلاف بيع العين؛ لأنه يوجب التسليم عقيب العقد، وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر، والنادر ملحق بالعدم، فلا يصير المبيع مجهول القدر.

والثاني أن القُدْرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته، والقدرة على التَّسليم عند العقد فائتة في باب السَّلم؛ لأن السلم بيع المفاليس، وفي ثبوت القدرة عند محل الأَجل شك قد تثبت وقد لا تثبت؛ لأنه إن بقي المكيال والحجر والخشبة تثبت، وإن لم يبق لا يقدر، فوقع الشك في ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الأصل المعهود في غير الثابت بيقين إذا وقع الشّك في ثبوته؛ أنه لا يثبت بخلاف بيع العين، لأن هناك القدرة على التَّسليم ثابتة عند العقد، وفي فواتها بالهلاك شك، فلا تفوت بالشكّ على الأصل المعهود في الثابت بيقين إذا وقع الشك في زواله؛ أنه لا يزول بالشك.

وأما قوله: أن العلم بمقدار المبيع في بيع المكَايَلة شرط الصِّحة فنقول: العلم بذلك لا يشترط لعينه، بل لصيانة العقد عن الجهالة المفْضِية إلى المنازعة، وهذا النوع من الجِهَالة لا يفضي إلى المنازعة لإمكان الوصول إلى العلم بقدر المبيع بالكَيْل للحال، بخلاف بيع قفزان من الصبرة، لأَن هناك لا طريق للوصول إلى العلم بمقدار المَبيع، فالمشتري يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه، فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية إلى المنَازَعة، فهو الفرق بين الفصلين، وقيل: إنما يجوز هذا في بيع العين إذا كان الإناء من خزف أو خشب أو حديد أو نحو ذلك؛ لأنه لا يحتمل الزّيادة والنقصان.

وأما إذا كان مثل **الزنبيل**[٢]، **والجوالق**[٣]، **والغرارة**[٤]، ونحو ذلك ـ فلا يجوز؛ لأنه يحتمل الزيادة والنقصان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) في ط: يملك.
(٢) الزنبيل: القُفَّة.
(٣) الجوالق: الغرارة.
(٤) الغرارة: وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح، ونحوه، وهو أكبر من الجوالق. المعجم (غرر)

ولو كان المسلم فيه مكيلاً فأعلم قدره بالوزن المعلوم، أو كان موزناً فأعلم قدره بالكيل المعلوم ـ جاز؛ لأن الشرط كونه معلوم القدر بمعيار يؤمن فقده، وقد وجده بخلاف ما إذا باع المكيل بالمكيل وزناً بوزن متساوياً في الوزن، أو باع الموزون بالموزون كيلاً بكيل متساوياً في الكيل ـ أنه لا يجوز ما لم يتساويا في الكيل أو الوزن؛ لأن شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدْر، والعلم بالقدر كما يحصّل بالكيل يحصل بالوزن، فأما شرط الكَيْل والوزن في الأشياء التي ورد الشّرع فيها باعتبار الكيل والوزن في بيع العين ـ ثبت نصاً فكان بيعها بالكيل أو الوزن مجازفة، فلا يجوز، أما في باب السّلم فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه، وقد حصل والله عز وجل أعلم.

ومنها أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف، على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير، فإن كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ـ لا يجوز السلم فيه؛ لأنه إذا لم يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة، وأنها مفسدة للعقد.

وبيان ذلك: أنه يجوز السلم في المكيلات والموزونات التي تحتمل التَّعيين والعدديات المتقاربة، أما المكيلات والموزونات؛ فلأنها ممكنة الضَّبط قدراً وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصْف بينه وبين جنسه ونوعه إلا تفاوت يسير؛ لأنها من ذوات الأَمثال.

وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض؛ لأن الجهالة فيها يسيرة لا تفضي إلى المنازعة، وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء؛ لأنه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التَّفاوت بين الناس عادة، فكان ملحقاً بالعدم، فيجوز السلم فيها عدداً وكذلك كيلاً، وهذا عندنا، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قوله: أن الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصِّغر والكبر، حتى يشتري الكبير منها بأكثر مما يشتري الصَّغير، فأشبه **البطيخ والرمان**.

ولنا: أن التفاوت بين صغير الجوز/ وكبيرة يسير أعرض الناس عن اعتباره، فكان ساقط العبرة؛ ولهذا كان مضموناً بالمثل عند الإتلاف بخلاف الرمان والبطيخ، فإن التفاوت بين آحاده تفاوت فاحش؛ ولهذا كان مضموناً بالقيمة. ٣/١٠٦ب

وأما السلم في الفلوس عدداً فجائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ بناء على أن الفلوس أثمان عنده، فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز السّلم في الدراهم والدنانير، وعندهما: ثمنيتها ليست بلازمة، بل تحتمل الزوال؛ لأنها ثبتت بالإصطلاح فتزول بالإصطلاح، وإقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمها أنه لا صحَّة للسلم في الأثمان

اتفاق منهما على إخراجها عن صفة الثمنية، فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقاً على العقد، وتصير سلعاً عددية فيصحُ السلم فيها؛ كما في سائر السلع العددية كالنصال ونحوها.

وأما الذرعيات كالثياب **والبسط والحصير والبواري** ونحوها ـ فالقياس ألاَّ يجوز السلم فيها؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال؛ لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب؛ ولهذا لم تضمن بالمثل في ضمان العدديات بل بالقيمة، فأشبه السلم في اللآلئ والجواهر، إلا أنا استحسنا الجواز؛ لقوله ـ عز وجل ـ في آية الدّين ﴿وَلاَ تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ﴾ [سورة البقرة، ٢٨٢] والمكيل والموزون لا يقال فيه: الصغير والكبير، وإنما يقال ذلك في الذرعيات والعدديات؛ ولأن الناس تعاملوا السّلم في الثياب لحاجتهم إلى ذلك، فيكون إجماعاً منهم على الجواز، فيترك القياس بمقابلته؛ ولأنه إذا بين جنسه وصفته ونوعه ورفعته وطوله وعرضه ـ يتقارب التفاوت، فليحق بالمثل في باب السلم شرعاً لحاجة الناس، ولا حاجة إلى الإلحاق بالمثل في باب الاستهلاك مع ما أن هذا الاعتبار غير سديد؛ لأنه قد يحتمل في المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يحتمل مثله في الإتلافات؛ فإن الأب إذا باع مال ولده بغَبْن يسير، جاز ولا يضمن.

ولو أتلف عليه شيئاً يسيراً من ماله، يضمن فلا يستقيم الاستبدال.

هذا إذا أسلم في ثوب **الكرباس**[1] أو **الكتان**، فأما إذا أسلم في ثوب الحرير، فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض؟ إن كان مما تختلف قيمته باخْتِلاف وزنه من القلة والكثرة، بعد التساوي في الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط؛ لأن بعد بيان هذه الأشياء تبقى جهالته مفضية إلى المنازعة، وإن كان مما لا يختلف يجُوز؛ لأن جهالة الوزن فيه لا تفضي إلى المنازعة.

ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلئ والجوز والجلود والأدم والرؤوس **والأكارع** والبطيخ والقثاء والرمان **والسفرجل** ونحوها من العدديات المتفاوتة؛ لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدْرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة؛ لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر، ولؤلؤ ولؤلؤ، وحيوان وحيوان؛ وكذا بين جلد وجلد ورأس ورأس في الصغر والكبر والسمن والهزال، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: يجوز السلم في الحيوان.

وجه قوله: أن المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه، وقد زالت ببيان الجنس والنوع

---

(١) الكرباس: ثوب غليظ من القطن. المعجم الوسيط (كربس)

والصِّفة والسن؛ لأنَ الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة، فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر؛ ولهذا وجب ديناً في الذمة في النكاح فأشبه الثياب[(١)].

(١) السلم في الحيوان مما اختلفت فيه أنظار العلماء بين يجوز ومانع حتى لو تعاقد شخص مع آخر في رمضان على أن يعطي أحدهما للآخر ثمناً معلوماً من مجلس العقد ليدفع له الثاني بعيراً معلوماً نوعه وصفته وسنه عند حلول عيد الأضحى. فإن الجمهور يرون أن هذا العقد قد توفرت فيه الشروط المتقدمة فلم يكن ثَمّ مانع من جواز السلم فيه وممن يروي عنه هذا الرأي ابن مسعود وابن عباس وابن عمر. وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور.

بينما يرى فقهاء الحنفية والظاهرية والزيدية أن شروط السلم المتقدمة لا يمكن تحققها في العقد على الحيوان ومن ثَمَّ لم يجيزوا السلم فيه وممن يروى عنه هذا الرأي عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والثوري وزيد بن علي الذي تنسب إليه طائفة الزيدية.

وتلك أدلة الفريقين:

أولاً: أدلة جمهور الفقهاء على جواز السلم في الحيوان.

يمكن إرجاع قولهم بجواز السلم في الحيوان إلى دعويين.

الأولى: أن الحيوان مما يثبت في الذمة.

الثانية: أن الحيوان مما يمكن ضبطه بالوصف.

فأن الدعوى الأولى وهي أن الحيوان مما يثبت في الذمة فاحتجوا عليها بما يأتي:

١ـ ما روي عن عبد الله بن عمر وأنه قال أمرني رسول الله ﷺ أن أبعث جيشاً على إبل كانت عندي قال فحملت الناس عليها حتى نفدت الإبل وبقيت بقية منه الناس قال: فقلت يا رسول الله الإبل قد نفدت وقد بقيت بقية من الناس لا ظهر لهم فقال لي: ابتع علينا إبلا بقلائص من إبل الصدقة إلى محلها حتى تنفذ هذا البعث قال. وكنت أبتاع البعير بقلوصين وثلاثة قلائص من إبل الصدقة إلى محلها حتى نفذت ذلك البعث فلما جاءت إبل الصدقة أداها رسول الله ﷺ.

ووجه الدلالة فيه: أن عبد الله بن عمر ولما أخذ البعير بالبعيرين وأقره رسول الله ﷺ على ذلك كان عمله هذا جائزاً على أن أمر رسول الله ﷺ له بالابتياع إلى إبل الصدقة بقوله: ابتع علينا إبلاً بقلائص من إبل الصدقة إلى محلها حتى تنفذ هذا البعث نص في المطلوب إذ لا يأمر رسول الله ﷺ إلا بما هو جائز.

وقد تضمن هذا كله أن الحيوان مما يثبت في الذمة فيصح أن يكون مسلماً فيه إذ لا بد أنه يكون عبد الله ابن عمرو قد أخذ البعير بالبعيرين على وجه أنه يكون البعير المأخوذ الآن رأس مال المسلم في بعيرين يدفعان عند ورود إبل الصدقة وهذا هو السلم في الحيوان.

٢ ـ ما أخرج الطحاوي بسنده إلى أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف منه رجل بكراً فقدمت عليه منه إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي للرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال له لم أجد إلا جملا خياراً رباعياً فقال أعطه إياه إن من خيار الناس أحسنهم قضاء.

ووجه الدلالة فيه: أن النبي الله ﷺ لما استسلف البعير أصبحت ذمته مشغوله برد مثله وحيث ثبت أن الذمة يصح أن تشغل بالحيوان كان ذلك دليلا على أن الحيوان مما يثبت في الذمة ديناً عند القابلة فيجوز السلم فيه لذلك إذ لا فارق بين القرض والسلم.

=

....

= ٣ ـ أثران أحدهما لسيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وآخر عند سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أجمعين.
فقد روي عن الإمام علي كرم الله وجهه أنه باع جملا يدعى عصيفيرا بأربعة أبعرة أو بعشرين بعيراً إلى أجل.
وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه باع بعيراً له بأربعة إلى أجل.
ووجه الدلالة فيهما: أنهما لما جعلا الثمن أبعرة مؤجلة دل ذلك على أن الحيوان مما يثبت في الذمة فيجوز أنه يكون مسلماً فيه إذ كل ما يثبت في الذمة ويمكن ضبطه يصح السلم فيه.
ونظراً إلى أن هذه المبادلة التي حصلت من الصحابة قد اشتملت على الفضل والأجل فلا بد أن تكون سلماً لا قرضاً.
٤ ـ أن الشرع قد حكم بأن الحيوان يثبت في الذمة لأنه حكم بوجوب العزة في الجنين ومائة من الإبل في الدية إذ هذا الحكم الصادر من الشارع قد تضمن أن كليهما مما يثبت في الذمة فيصح أن يسلم فيه لذلك.
وأما دعواهم الثانية وهي أن الحيوان مما يضبط بالوصف فاستدلوا عليها بما يأتي:
١ ـ استيصاف بني إسرائيل للبقرة. فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف ووجه الدلالة فيه:
إن الله تعالى لما عرفها لهم بالوصف حتى عرفوها دل هذا على أن وصف الحيوان مما يضبطه ويمكن تعريفه به ولما لم يكن مانع من جواز السلم فيه إلا خوف الجهالة للتفاوت الكثير وقد ثبت بهذا أنه منفي فلم يبق مانع من جوازه بعد فيصح.
٢ ـ قال رسول الله ﷺ: ألا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر إليها.
ووجه الدلالة فيه: أن النبي ﷺ جعل الوصف بمنزلة الرؤية: حيث قال كأنه ينظر إليها والنظر إلى الشيء يعرفه ويرفع الجهالة عنه فما هو بمنزلته من الوصف يكون كذلك فيصح جعله طريقاً من طرق ضبط الحيوان وتعريفه.
٣ ـ ومما يؤيد أن الحيوان يضبط بالوصف ويصبح به معلوماً أن الشرع قد صحح الدعوى بالحيوان الموصوف كما صحح الشهادة به وشرط الدعوى والشهادة كونه كل من المدعي والمشهور به معلوماً فيدل ذلك على أن الوصف مما يصير الحيوان مضبوطاً.
وإذا صح كون الحيوان مما يثبت في الذمة وكون الوصف مما يضبطه ويرفع الجهالة عنه فقد توفرت فيه شروط صحة السلم فيصبح السلم فيه جائزاً إذ لا مانع من الجواز إلا خوف الجهالة الفاحشة وقد زال هذا الخوف وحل محله الأمن والاطمئنان بوصفه بما فيه من أوصاف وهذا الذي يصيره معلوماً ويجعله بعد بيان جنسه ونوعه وصفته متفاوتاً تفاوتاً يسيراً لا يعتبره الشارع ولا ينظر إليه. وقد وقع الإجماع على عدم اعتباره لأنه لو اعتبر لما جاز سلم أصلاً إذ كل غائب مهما بولغ في تعريفه إلى النهاية لا بد من وجود تفاوت بينه وبين المرئي فإنه بين جيد وجيد من الحنطة مثلاً تفاوتاً لا يخفى وإن صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا لا بد من تفاوت يوجد بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج آخر أحمر وهكذا.
مضار الحيوان كالثياب والمكيل والموزون فوجب الحكم بحوار السلم فيه لأن كلا من الحيوان والثياب قد أصبح ذكر أوصافه رافعاً للجهالة الفاحشة المانعة من جواز السلم فيه.
ثانياً: أدلة فقهاء الحنفية ومن معهم على عدم جواز السلم في الحيوان فإنهم قد استدلوا على دعواهم هذه بما يأتي: =

....

= ١ ـ ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ووجه الدلالة فيه: أن النبي ﷺ نهى عن أن يكون الحيوان مبيعاً مؤجلاً ولا مانع من جواز بيعه إلا عسر ضبطه وكونه مما لا يثبت في الذمّة ونظراً لمشروعية الأجل في السلم ووجوب ضبط المسلم فيه لا يصح أن يكون الحيوان مسلماً فيه.

٢ ـ ما أخرجه الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ. الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد.

ووجه الدلالة فيه: أنه نص على منع النسيئة في الحيوان فلا يصح أن يكون سلماً فيه لوجود النسيئة في السلم.

٣ ـ ما أخرجه الإمام أحمد عن ابن عمر أنه قال: قال رسول الله ﷺ: لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل قال لا بأس إذا كان يداً بيد. ووجه الدلالة فيه. أن هذا الحديث يدل بمفهومه على منع النسيئة في بيع الحيوان والنساء مشروع في السلم متناقضاً.

٤ ـ ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن السلف في الحيوان وهو نص في مدعاهم وهو عدم جواز السلم في الحيوان.

٥ ـ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إن من الربا أبواب لا تخفى وإن منها السلم في السن.

ومثله ما رواه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال. دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري ما لا مضاربة فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت أخذ بعضها وبقي بعضه فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يسترفقه فقال عبد الله أفعل زيد؟ فقال نعم فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله أردد ما أخذت وخذ رأس مالك. ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان.

ووجه الدلالة فيهما أن أثر سيد عمر قد جعل السلم في الحيوان ربا والعقد الذي فيه الربا يكون فاسداً. أما أثر ابن مسعود فهو نص في المطلوب.

وبعد أن ثبت من الأحاديث الماضية منع النسيئة في الحيوان عللوه بأن الحيوان تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً بحيث لا يمكن ضبطه ضبطاً يرفع ذلك التفاوت عنه فإن العبدين المتساويين سناً ولوناً وجنساً يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيم ونبل الأخلاق وفهم المقاصد ما يصير أحدهما بأضعاف قيمة الآخر وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافاً يؤدي إلى اختلاف المالية فيؤدي السلم فيه إلى النزاع الممنوع شرعاً ولهذا لا يجوز السلم فيه.

وقد وجه كل من الفريقين إلى أدلة الآخر مناقشات أما الحنفية فقد ناقشوا أدلة الجمهور بما يأتي.

١ ـ إن حديث عبد الله بن عمرو في إبل الصدقة ضعيف مضطرب أما ضعفه فلأن فيه مجهولين هما عمرو ابن جريش ومسلم بن جبير ومن ثم ضَعَّفه ابن القطان وأما اضطرابه: فقد جاء من أنه تارة يذكر يزيد بن أبي حبيب في سنده وتارة لا يذكر ومرة يقدم فيه أحد الرواة على الآخر وتارة يؤخر فمن أجل ذلك وقع فيه الاضطراب. وحديث هذا شأنه لا تقوم به حجة ولا يصح به الاستدلال.

٢ ـ أن حديث أبي رافع في استسلاف البكر معارض بأحاديث النهي عن السلف في الحيوان الدالة على =

....

= المنع من جواز السلم فيه وهي مقدمة عليه لأنها محرمة والمحرم يقدم على المبيع على أن قصاراه جواز قرض الحيوان ولئن جاز لم يجز قياس السلم عليه إذ ليس في المقيس عليه من المشاحة والمكايسة ما في المقيس.

٣ ـ أما الآثار المروية عن بعض الصحابة فما هي إلا آراء لذويها وحيث صدرت قيما للرأي فيه مجال فلا حجة فيها على أنها معارضة بآثار المانعين.

٤ ـ أن حكم الشارع بالعزة في الجنين ومائة من الإبل في الدية حيث يفيد ثبوت الحيوان في الذمة إنما يكون ذلك فيما لم يكن مقابلاً بمال كالمهر وبدل الخلع لارتفاع المشاحة فيه وجريان العرف والعادة بالتساهل في مثل ذلك بخلاف ما إذا كان مقابلاً بمال حيث يكون مثار المنازعة والمشاحة فيمنع.

٥ ـ إن وصف البقرة لبني إسرائيل حيث عرفوها به فإنما ذكر الله تعالى لهم أوصافاً ظاهرة هي في المعنى شروط في الإجزاء عنه لا للضبط لقطع النازعة وما هنا الفرض من بيان الأوصاف هو قطع النازعة ووصف الحيوان مهما بولغ فيه لا يقطع النزاع لوجود التفاوت.

٦ ـ وأما النهي عن وصف الرجل الرجل والمرأة المرأة فلخوف الفتنة وليس من جهة أنه يصير الموصوف كالرأي وإنما ذكر الرؤية تقبيحاً وتشنيعاً توكيداً للنهي.

٧ ـ وأما الاستدلال بقياس السلم في الحيوان على السلم في الثياب فقياس مع الفارق لأن الثياب قلما تتفاوت إذ النسج في الثوبين على منوال واحد فإذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع ولا يتفاوت فيه المالية إلا يسيراً ولا يعتبر ذلك القدر فهو ملغى.

وأما أدلة الحنفية الدالة على عدم جواز السلم في الحيوان فقد وجه الجمهور إليها من المناقشة ما يأتي:

١ ـ إن حديث النهي عن بيع الحيوان بمثله نسيئة ليس بثابت فقد قال الشافعي إنه غير ثابت وقال البيهقي إنه مرسل وقال ابن حبان: إسحاق بن إبراهيم منكر الحديث جداً يأتي عن الثقات بالموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب.

وأجاب الحنفية عن هذا بأن الثقات مثل عبد الرزاق قد صرحوا بثبوته ووصله وقال البزار فيه ليس في الباب أجل إسناداً منه ورواه الطبراني مسنداً موصولاً. على أنه لو كان مرسلاً مرة وموصولاً أخرى لكان غاية الأمر تعارض الوصل والإرسال فيه فيعمل بالوصل لأنه زيادة على الثقة وهي مقبولة.

٢ ـ أن حديث جابر الذي قلتم فيه إنه نص في منع النسيئة في الحيوان فيه الحجاج بن أرطأة وهو لا يحتج بحديثه فلا تقوم به حجة.

وأجاب الحنفية عن هذا فإن الترمذي قد حسنه فقال فيه. إنه حديث حسن على أنه يتقوى بغيره مما ذكر.

٣ ـ أن حديث عبد الله بن عمر الدال بمفهومه على منع النسيئة في الحيوان إنما يتأتى الاستدلال به على مدعاكم لو أنكم تقولون بالمفهوم إلا أنكم تنفون الاحتجاج به فلا يصح التمسك به لكم.

وللحنفية أن يجيبوا عنه. بأنه استدلال من باب الإلزام بما تقولونه.

٤ ـ أن حديث ابن عباس في النهي عن السلف في الحيوان ضعيف لأن في سنده إسحاق بن إبراهيم ضعفه ابن معين وقد سبق قول ابن حبان فيه من أنه منكر الحديث جداً إلى آخر قوله.

وأجاب الحنفية عن هذا بأن الحاكم وغيره قد حكموا عليه بالصحة لوروده من طرق متعددة على أنه مؤيد بما يرفعه إلى الحجية لورود ما هو بمعناه من طرق أخرى.

٥ ـ أن الآثار التي استدللتم بها فكما نوقشت آثارنا من جهتكم نناقش آثاركم بمثلها من أن أنها آراء =

....

= لأصحابها معارضة بأمثالها فلا حجة فيها.
ويجاب عن هذا من قبل الحنفية بأرجحية آثارنا لأنها معضدة بالأحاديث السالفة الذكر ولا كذلك آثارهم.
٦ ـ ثم منعوا فحسن التفاوت بعد الأوصاف المذكورة في الحيوان.
ولو سلم بقاؤه فإنه لا يضر لأن ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم إليه أن يدفع أكثر مما تتضمنه الأوصاف الظاهرة فإذا انطبقت على ما يؤديه المسلم إليه حكم على رب السلم بقبوله سواء كان التفاوت بحسب الباطن قليلاً أو كثيراً لأن المعقود عليه ليس إلا الموصوف بها. وقد ألغى الشارع غيرها فلا يعتبر وللحنفية أن يردوا هذا.
بأن الأوصاف الباطنة قد تكون أهم من الظاهرة عند المتعاقدين لأنها هي المقصد الأسمى لرب السلم إذ المطلوب من العبد إنما هو الخدمة والفطنة وحسن العشرة والذكاء وحسن الخلق ومن الحيوان الشدة في العدو والقدرة على الحمل والمشي وهذا لا ينضبط بالوصف.
هذا وبالنظر في مناقشة كل من الفريقين لأدلة الآخرين يرى أن سبب الاختلاف في جواز السلم في الحيوان والمنع منه شيئان.
أحدهما: تعارض الآثار في هذا المعنى.
ثانيهما: تردد الحيوان بين أن ينضبط بالصفة أو لا ينضبط.
فمن نظر إلى تباين الحيوان في الخلق والخلق قال بعدم ضبطه.
ومن نظر إلى إمكان تساويهما قال بضبطه ولكن هذا الأخير منفي بما قاله محمد بن الحسن لما سأله عمرو ابن أبي عمرو قال قلت إنما لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف؟ قال لا لإنا نجوز السلم في الدبابيج ولا يجوز في العصافير. ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيج ومن هذا يستنتج أن مناط القول بإبطال السلم في الحيوان والقول بالجواز ليس إلا السنة.
وبالنظر في الاستدلال بالسنة من كلا الفريقين يرى أن كلا منهما يمكنه أن يؤول أدلة الآخر بما يجعلها تتفق وأدلته.
فالمجيزون مثلاً أولوا أدلة المانعين بحمل المنع على ما إذا كان التأجيل من الجانبين حتى يكون كالئاً بكالىء فقد روي أن الشافعي رحمه الله تعالى قال: المراد به النسيئة من الطرفين لأن اللفظ يحتمل ذلك كما يحتمل النسيئة من طرف وإذا كانت النسيئة من الطرفين فهي من بيع الكالىء بالكالىء وهو لا يصح عند الجميع.
والمانعون حملوا بعض أدلة المجيزين كحديث أبي رافع على أن رسول الله ﷺ قد استعجل في الصدقة أو استقرض لبيت المال وبيت يجوز أن يثبت عليه الحق المجهول وحملوا البعض الآخر على وروده قبل نزول آية الربا كما في حديث ابن العاص.
ومن هاهنا يعلم بأنه لا أولوية لتأويل أحد الفريقين على الآخر.
وإذن فالواجب النظر في نفس الأدلة رجحها وجب العمل به وإذا أريد معرفة أي الدليلين أرجح بتطبيق ذلك على قواعد الأصول يرى أن أدلة المجيزين كحديث أبي رافع مثلاً مبيحة وأدلة المانعين كحديث ابن عباس في النهي عن السلف في الحيوان محرمة وقواعد الأصول تقضي بتقديم المحرم على المبيح عند الجهل بالتاريخ.
وإذن يكون القول بمنع جواز السلم في الحيوان أدلى بالقبول وأرجح في الدليل هذا على فرض تساوي =

ولنا: أن بعد بيان هذه الأشياء يبقى بين فَرَس وفرس تفاوت فاحش في المالية فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة، وأنها مانعة صحّة العقد؛ لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل.

وقد رُوِيَ عَنِ ٱبْنِ عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ: «**نَهَىٰ عَنِ السَّلَفِ فِي الحَيَوَان**»[(١)] والسلف والسلم واحد في اللغة، والاعتبار بالنكاح غير سديد؛ لأنه يتحمل [فيه][(٢)] جهالة لا يتحملها البيع.

أَلاَ تَرَىٰ أَنَّه يَصِّحُ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ البَدَلِ، وببدل مجهول وهو مهر المثل، ولا يصحُ البيع إلا

= أدلة الطرفين وقد عرفت ضعف أحاديث الجمهور وصحة أحاديث الحنفية أو حسنها لأنها ثبتت من طرق متعددة يقوي بعضها بعضاً ولذا قال الشوكاني لا شك أن أحاديث النهي وإن كان كل واحد منها لا يخلو عن مقال لكنها ثبتت من طرق ثلاثةٍ من الصحابة سمرة وجابر بن سمرة وابن عباس وبعضها يقوي بعضاً فهي أرجح من حديث واحد غير خال عن المقال وهو حديث عبد الله بن عمرو.

ولا سيما وقد صحح الترمذي وابن الجارود حديث سمرة فإن ذلك مرجح آخر وأيضاً فقد تقرر في الأصول أن دليل التحريم أرجح من دليل الإباحة وهذا أيضاً مرجح ثالث.

وأما الآثار الواردة من الصحابة فلا حجة فيها وعلى فرض ذلك فهي مختلفة كما عرفت. اهـ.

وبعد اتفاق علماء الحنفية على منع السلم في الحيوان اختلفوا في السلم في أجزائه كاللحم والرؤوس والأكارع.

فذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بمنع السلم فيها.

نظراً إلى أنها مما يتعذر ضبطه إذ إن ما يكون سمينا في بعض فصول السنة قد يعتبر هزيلاً بالنسبة إلى بعض الفصول الأخرى كما أن كثرة العظام وقلتها واختلاف موضع اللحم من الحيوان واشتماله على أبعاض مختلفة ذلك كله مما يؤدي إلى عسر الانضباط وهو مما تختلف به الأغراض فيؤدي ذلك إلى المنازعة فيمتنع بسببه جواز السلم فيها.

بهذا يقول الإمام أبو حنيفة ولكن صاحبيه يقولان بما قال به جمهور الأئمة من جواز السلم فيها.

نظراً إلى أن هاهنا أشياء يمكن أن تقرب التفاوت وتدعو التحديد غرض رب السلم إذ يمكن تقدير اللحم مثلاً بالميزان. حيث اعتاد الناس وزنه وحكم الشارع فيه بأنه من المثليات وهي ممكنة الانضباط إذ يجب الضمان فيها بمثلها كما يصح استقراضها كذلك مع إمكان تلافي ما ينشأ من قلة العظم وكثرته بتعيين مقدار العظم. والنص على مقدار اللحم من الحيوان فكان كل ذلك مسهلاً لطريق معرفته والعلم به فمن ثم كان الحكم بالجواز.

ينظر عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض المحلى لابن حزم ١٠٦/٩، فتح القدير ٣٢٨/٥، المغني للحنابلة ٣١٤/٤، نصب الراية ٤٧/٤، نيل الأوطار ١٧٤/٥.

(١) قلت أخرجه الدارقطني والحاكم، كلاهما من حديث إسحاق بن إبراهيم الجوني، ثنا عبد الملك بن عبد الرحمن الذماري، ثنا سفيان الثوري. حدثني معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس به. وقال الحاكم: (صحيح الإسناد ولم يخرجاه) وأقره الذهبي. وتعقبه ابن عبد الهادي كما في «نصب الراية» (٤٦/٤) بأن إسحاق بن إبراهيم بن الجوني قال فيه ابن حبان: منكر الحديث جداً. يأتي عن الثقات بالموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب. وقال الحاكم: روى أحاديث موضوعة اهـ.

(٢) سقط من ط.

ببدل معلوم، فلا يستَقيم الاستدلال، ولا يجوز السلم في/ التبن **أحمالاً** أو **الأقاراً**؛ لأن التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش، إلا إذا أسلم فيه بقبان معلوم من قبابين التجار فلا يختلف فيجوز، ولا يجوز السّلم في الحطب حزماً ولا أوقاراً؛ للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر. ٣/١٠٧أ

وكذا في القَصَب والحشيش والعيدان، إلا إذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت ـ فيجوز؛ ويجوز السّلم في اللبن[١] والآجر[٢] إذا سمى ملبناً معلوماً، لا يختلف ولا يتفاوت إلا يسيراً.

وكذا في الطوابيق[٣] إذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى بعد الوَصْف جهالة مفضية إلى المنازعة؛ لأن الفساد للجهالة، فإذا صار معلوماً بالوصف جاز، وكذا في **طشت** أو **قمقمة** أو **خفين** أو نحو ذلك إن كان يعرف ـ يجوز، وإن كان لا يعرف لا يجوز؛ لأن المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف، فإن كان ممَّا يحصل تمام معرفته بالوصف؛ بأن لم تبق فيه جهالة مفضية إلى المنازعة جاز السلم فيه وإلا فلا، ولو استصنع رجلٌ شيئاً من ذلك بغير أجل، جاز استحساناً.

والكلام في الاستصناع في مواضع: في بيان جوازه أنه جائز أم لا؟، وفي بيان شرائط جوازه، وفي بيان كيفية جوازه، وفي بيان حكمه.

أمَّا الأوَّل: فالقياسُ يَأْبَىٰ جَوَازَ الاسْتِصْنَاعِ؛ لأنَّه بَيْعُ المعدومِ كالسلم، بَلْ هُوَ أَبْعَد جَوَازاً مِنَ السَّلم؛ لأنَّ المسلمَ فيه تحتمله الذَمة؛ لأنَّه دينٌ حقيقَة والمستَصنع عين توجد في الثاني، والأَعيانَ لا تحتملها الذمة، فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السّلم، وفي الاستحسان جاز، لأَن الناس تعاملوه في سائر الأَعصار من غير نكير، فكان إجماعاً منهم على الجواز، فيترك القياس [به][٤] ثم هو بيع عند عامة مشايخنا، وقال بعضهم: هو **عدة** وليس بسديد، لأنَ محمداً ذكر القياس والاستحسان في جَوَازه.

وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعدات؛ وكذا ثبت خيار الرؤية للمستصنع من وأنه خصائص البيوع؛ وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل، والعدات لا يتقيد

---

(١) اللَّبِنُ: المضروب من الطين، يبنى به دون أن يطبخ. المعجم الوسيط (لبن)

(٢) الآجر: اللَّبِنُ المحرق المُعَدُّ للبناء. المعجم الوسيط (آجر)

(٣) الطوابيق: مفردها: الطابق، وهو ظرف يطبخ فيه، والآجر الكبير، والدور في البيت أو العمارة. المعجم الوسيط (طبق)

(٤) سقط من ط.

جوازها بهذه الشرائط، فدل أن جوازه جواز البياعات لا جواز العدات، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما شرائط جوازه: فمنها بيان جنس المستَصنع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلوماً، والعلم إنما يحصل بأشياء: منها أن يكون ما للناس فيه تعامل **كالقلنسوة** والخف والآنية ونحوها، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه؛ كما إذا أمر **حائكاً** أن يحوك له ثوباً بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه؛ لأَن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس، فيختص بمالهم فيه تعامل ويبقى الأَمر فيما وراء ذلك موكولاً إلى القياس.

وأما كيفية جوازه: فهي أنه عقد غير لازِم في حقّ كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرِّضا به، حتى كان للصانع أن يمتنع من الصّنع، وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه **المستصنع**، وللمستصنع أن يرجع أيضاً؛ لأن القياس أنّه يجوز أصلاً، إلا أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس؛ لحاجة الناس، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المستصنع والرِّضا به - أقرب إلى الجواز دون اللّزوم، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصْل القياس.

وأَمَّا حُكْمُ الاسْتِصْنَاع فَحُكْمه في حَقِّ المستَصْنع، إذا أتى الصانعُ بالمستصنعِ عَلَىٰ الصِّفَةِ المشْروطةِ ثبوت ملك غير لازم في حقّه، حتى يثبت له خيار الرؤية إذ رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه، وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة: أنه غير لازم في حقّ كل واحدٍ منهما، حتى يثبت لكل واحدٍ منهما الخيار.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لازم في حقهما، حتى لا خيار لأحدهما لا للصّانع ولا للمستصنع أيضاً.

وجه رواية أبي يوسف: أن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع؛ لأنه قد أفسد متاعه **وفري**[1] جلده، وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة، فلو ثبت له الخيار، لتضرَّر به الصانع؛ فيلزم/ دفعاً للضرر عنه. ٣/١٠٧ب

وجه الرواية الأُولى: أن في اللزوم إضراراً بهما جميعاً، أما إضرار الصانع؛ فلما قال أبو يوسف، وأما ضرر المستصنع؛ فلأن الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشْتَرٍ يبيعه - فلا تندفع حاجة المستصنع، فيتضرّر به، فوجب أن يثبت الخيار لهما دفعاً للضرر عنهما.

(١) فري: شَقَّ. المعجم الوسيط (فري)

وجه ظاهر الرواية وهو إثبات الخيار للمستصنع لا للصَّانع: أن المستصنع مشتر شيئاً لم يره؛ لأن المعقود عليه وهو المستصنع وإن كان معدوماً حقيقة ـ لكنه جعل موجوداً شرعاً، حتى جاز العقد استحساناً؛ ومن اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له، ولأن إلزام حكم العقد في جانب المستصنع إضرار [به][1]؛ لأن من الجائز ألاً يلائمه المصنوع ولا يرضى به، فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره، ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرّر به، وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر؛ لأنه إن لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته، وذلك ميسّر عليه لكثرة ممارسته.

هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً، فأما إذا ضرب له أجلاً؛ فإنّه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة، فلا يجوز إلا بشرائط لسلم، ولا خيار لواحد منهما كما في السلم، وعندهما: هو على حاله استصناع وذكره الأجل للتعجيل، ولو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلماً بالإجماع.

وجه قولهما: أن هذا استصناع حقيقة، فلو صار سلماً إنما يصير بذكره المدة، وأنه قد يكون للاستعجال كما في الاستِصْنَاع، فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال.

ولأبي حنيفة: أن الأجل في البيع من الخصائص اللاّزمة للسلم، فذكره يكون ذكراً للسَّلم معنى وإن لم يذكره صريحاً كالكفالة بشرط براءة الأصيل؛ أنها **حوالة** معنى، وإن لم يأت بلفظ الحوالة.

وقوله: ذكر الوقت قد يكون للاستعجال، قلنا: لو حمل على الاستِعْجَال لم يكن مفيداً؛ لأن التَّعجيل غير لازم؛ ولو حمل على حقيقة التَّأجيل، لكان مفيداً؛ لأنه لازم، فكان الحمل عليه أولى، ولا يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز إذا بيَّن جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنّه وموضعه؛ لأن الفساد لمكان الجهالة، وقد زالت ببيان هذه الأشياء؛ ولهذا كان مضموناً بالمثل في ضمان العدوان.

ولأبي حنيفة: أن الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرناه من وجهين: أحدهما: من جهة الهزال والسمن. والثاني: من جهة قلة العظم وكثرته، وكل واحدة منهما مفضيةٌ إلى المنازعة.

وقياس الوجه الثاني: أنه لو أسلم في منزوع العظم يجُوز، وهو رواية الكرخي عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ.

وقياس الوجه الأول: أنه لا يجُوز كيفما كان، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو

---

(١) سقط من ط.

الصَّحيح؛ لأنه إن زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهي جهالة[١] السمن والهزال، فكان المسلم فيه مجهولاً، فلا يصح السلم، إلا أنه جعل مثلاً في ضمان العدوان، وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعاً؛ تحقيقاً لمعنى الزجر من وجه؛ لأنَّ ذلك لا يحصل بالقيمة؛ لأن للناس رغائب في الأعيان ما ليس في قيمتها، ويجوز السَّلم في الألية والشحم وزناً؛ لأنه لا تختلف بالسمن والهزال إلا يسيراً بخلاف اللحم، فإن التفاوت بين غير السمين والسمين والمهزول وغير المهزول ـ تفاوت فاحش.

وأما السلم في السَّمك: فقد اختلفت عبارات الأَصل في ذلك[٢]، والصَّحيح أنه يجوز السّلم في الصِّغار منه كيلاً ووزناً، مالحاً كان أو طرياً بعد أن كان في حيّزه؛ لأنّ الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال، ولا اختلاف العظم بخلاف اللّحم عند أبي حنيفة، وفي الكبار عن أبي حنيفة روايتان: في روايةٍ: لا يجوز طريّاً كان أو مالحاً. كالسلم في اللحم؛ لاختلافها بالسمن والهزال كاللحم وفي رواية [أنه] يجوز كيفما كان وزناً؛ لأن التفاوت بين سمينه ومهزوله لا يعد تفاوتاً عادة لقلته، وعند أبي يوسف[٣] ومحمد: لا يجوز بخلاف اللحم عندهما، والفرق لهما: أن بيان الموضع من اللَّحم شرط الجواز عندهما، وذلك لا يتحقَّق في/ السمك، فأشبه السلم في **المساليخ** والله سبحانه وتعالى أعلم. ٣/١٠٨أ

وأما السلم في الخبز عدداً فلا يجوز بالإجماع؛ لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصِّغر والكبر.

وأما وزناً: فقد ذكر الكرخي أن السَّلم في الخبز لا يجُوز في قولهم؛ لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الخبز والخفة والثقل، فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة؛ ولأن جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل في الخبز، وذلك في نوادر ابن رستم؛ أنه لا يجُوز عند أبي حنيفة ومحمّد، وعند أبي يوسف يجوز.

---

(١) في أ: جهة.

(٢) الحنفية يقولون بصحة السلم في السمك استثناء من الحيوان ثم إن كان السمك طرياً وكان لا ينقطع عادة كسمك نهر النيل فإنه يصح السلم فيه في كل الأوقات وإن كان ينقطع في بعض الأزمنة كالسمك الموجود في البحيرات التي يمنع منها الصيد في أوقات معينة فإنه لا يصح تعيين مدة القبض في هذه المدة ومثله السمك الجاف المملح «البكلاه».

ولصحة السلم فيه لا بد من تعيينه بما يرفع الجهالة عنه ويضبطه ضبطاً لا يجعل للمنازعة سبيلاً وذلك بالوزن أو العد مع تعيين الصنف بما هو متعارف عند الناس.

(٣) في ط: أبي حنيفة

ومنها أن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأَجل، فإن لم يكن موجوداً عند العقْد أو عند محلّ الأجل، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك؛ كالثمار والفَوَاكه واللّبن وأشباه ذلك ـ لا يجوز السلم، وهذا عندنا، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: الشرط وجوده عند محلّ الأجل لا غير.

وجه قوله: أن اعتبار هذا الشّرط وهو الوجود ليس لعينه، بل للقدرة على التسليم، فيعتبر وقت وجوب التّسليم وذلك عند محل الأجل، فأما قبل ذلك فالوجود فيه والعَدَم بمنزلة واحدة.

ونظير هذا في العقليّات ما قلنا في استطاعة الفعل أنها مع الفِعْل لا تتقدمه؛ لأن وجودها للفعل، فيجب وجودها عند الفِعْل لا سابقاً عليه؛ كذا هذا.

ولنا: أن القدرة على التّسليم ثابتة للحال، وفي وجودها عند المحل شكٌّ؛ لاحتمال الهلاك، فإن بقي حيّاً إلى وقت المحل ثبتت القدرة؛ وإن هلك قبل ذلك، لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة، فوقع الشّك في ثبوتها، فلا تثبت مع الشّك، ولو كان موجوداً عند العقد، ودام وجوده إلى محل الأجل فحلّ الأجل ولم يقبضه، حتى انقطع عن أيدي النّاس ـ لا ينفسخ السلم، بل هو على حاله صحيح؛ لأنَّ السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم؛ لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محل الأجل، إلا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدُوث القدرة ظاهراً بالوجود، فكان في بقاء العقد فائدةٌ، والعقد إذا انعقد صحيحاً يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء؛ كبيع الآبق إذ أبق قبل القبض، فلأن يبقى لفائدة عود القدرة في الثاني ظاهراً أولى، لكن يثبت الخيار لربّ السلم إن شاء فسخ العقد، وإن شاء انتظر وجوده؛ لأن الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقُود عليه قبل القبض، وأنه يوجب الخيار، ولو أسلم في حِنْطة حديثة قبل حدُوثها لا يصحُّ عندنا، لأنه أسلم في المنقَطع.

وعلى هذا يخرج ما إذا أسلم في حنطة موضع؛ أنه إن كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه ـ جاز السلم فيه؛ كما إذا أسلم في حنطة خراسان أو العراق أو **فرغانة**[1]؛ لأن كل واحد منها

---

(١) بالفتح، ثم السكون، وغين معجمة، وبعد الألف نون: مدينة، وكورة واسعة بما وراء النهر، متاخمة لبلاد تركستان، في زاوية من ناحية هَيْطل، من جهة مطلع الشمس، على يمين القاصد لبلاد الترك، كثيرة الخير، واسعة الرستاق، يقال كان بها أربعون منبراً، وبينها وبين سمرقند خمسون فرسخاً، من ولايتها خُجَندة. ويقال: فرغانة قرية من قرى فارس.
ينظر: مراصد الاطلاع (٣/ ١٠٢٩).

اسم لولاية، فلا يتوهم انقطاع طَعَامها؛ وكذا إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كـ «سمرقند» وبخارى أو كاشان ـ جاز؛ لأنه لا ينفد طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة، والنادر ملحق بالعدم.

ومن مشايخنا من قال: لا يجُوز إلا في طعام ولاية لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابتٌ، والسلم **عقد جوز** بخلاف القِيَاس؛ لكونه[1] بيع المعدوم، فتجب صيانته عن غرر الانقطاع ما أمكن.

والصحيح أن الموضع المضاف إليه الطعام وإن كان مما لا ينفد طعامه غالباً ـ يجوز السلم فيه، سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة؛ لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن؛ وإن كان مما يحتمل[2] أن ينقَطع طعامه، فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها؛ لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة ـ لا تثبت القدرة على التَّسليم؛ لما ذكرنا أنه لا قدرة له للحال؛ لأنه بيع **المفاليس** وفي ثبوت القدرة عند محلّ الأجل شك؛ لاحتمال الانقطاع، فلا تثبت القدرة مع الشك.

وقد روي أن زَيْدَ بْنَ شُعْبَةَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُسْلَم إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَال: «**أَسْلِم إِلَيْكَ فِي تَمْرِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِها**» فَقَال ـ عَلَيْهِ السَّلام ـ: أَمَّا في تَمْرِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِها فَلا. وذكر في الأَصل: إذا أسلم في حنطة **هراة** لا يجوز، وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة؛ لأنه مما يحتمل انقطاع طعامه، ثم لو أسلم في ثوب هراة/ وذكر شرائط السَّلم ـ يجوز. ٣/١٠٨ب

ووجه الفرق بينهما ظاهر؛ لأَن إضافة الثوب إلى هراة ذكر شرط من شرائط السلم لا جواز له بدونه، وهو بيان النَّوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور؛ بدليل أن المسلم إليه لو أتى بثوب نسج في غير هراة، لكن على صفة ثوب هراة ـ يجبر رب السَّلم على القبول؛ فإذا ذكر النوع وذكر الشَّرائط الأُخر، كان هذا عقداً استجمع شرائطه فيجوز؛ فأما إضافة الطَّعام إلى هراة، فليس يفيد شرطاً لا جواز للسلم بدونه، ألا ترى أنه لو ترك الإضافة أصلاً، جاز السلم فبقيت الإضافة لتخصيص الطَّعام بموضع معين يحتمل انقطاع طعامه ـ فلم يجز، والله عز وجل أعلم.

ومنها أن يكون مما يتعيَّن بالتعيين، فإن كان مما لا يتعيَّن بالتعيين كالدراهم والدنانير ـ لا يجوز السلم فيه؛ لأن المسلم فيه بيع؛ لمَا رَوَيْنَا: «**أَنَّ النَّبِيَّ ـ ﷺ ـ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنسان**» ورخَّص في السلم، سمي السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين

---

(١) في أ: لكنه.

(٢) في ط: لا يحتمل.

بالتعيين، والدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعَاوَضَات، فلم تكن مبيحة، فلا يجوز السَّلم فيها، وهل يجوز السّلم في التبر **والنقرةِ** والمصوغِ، فعلى رواية كتاب «الصَّرف»: لا يجوز؛ لأنه جعلها بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة.

وعلى رواية كتاب «المضاربة»: يجوز؛ لأنه جعلها بمنزلة العروض، حيث لم يجوز المضاربة بها، فتتعين بالتَّعيين، فكانت مبيعة فيجوز السَّلم فيها.

وعلى هذا أيضاً يخرج السلم في الفُلُوس عدداً؛ إنه جائز عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ وأبي يوسف؛ لأن الفلوس مما تتعين بالتَّعيين في الجملة عندهما، حتى جوز بيع فلس بفلس بأعيانهما، وعند محمد: لا يجوز السَّلم فيها كما لا يجوز في الدراهم والدنانير، لأنها أثمان عنده، ولهذا لم يجُز بيع واحد منها باثنين بأعيانهما، ويجوز السَّلم في القماقم والأواني الصفرية التي تباع عدداً؛ لأنها تتعين بالتَّعيين فكانت مبيعة، وإن كانت تباع وزناً لا يجوز السَّلم فيها ما لم يعرف وزنها؛ لأنها مجهولة القَدْر والله عز وجل أعلم.

ومنها أن يكون مؤجلاً عندنا حتى لا يجوز السلم في الحال.

وعند الشافعي: هذا[١] ليس بشَرْط، وسلم الحال جائز[٢].

---

(١) في أ: الأجل.

(٢) اتفقت كلمة الفقهاء على اشتراط الأجل في المسلم فيه إذا كان غير موجود عند العقد ولم يكن مقدوراً على تسليمه فيه.
واختلفوا فيما إذا كان المسلم فيه موجوداً عند العقد مقدوراً على تسليمه بأن يقول رب السلم للمسلم إليه أسلمت إليك عشرين جنيهاً مصرياً في عشرين إردباً من الذرة الشامية على أن تسلمها لي الآن.
قالت الأئمة الثلاثة والظاهرية والزيدية يشترط لصحة السلم أن تكون السلعة فيه مؤجلة بحيث لو كان حالاً فإنه لا يكون سلماً.
وقال الشافعية بجواز السلم الحال كالصورة السابقة فالمدار عندهم في تحقق السلم الحال هو أن يبيع شخص لآخر سلعة موصوفة في ذمته وصفاً يرفع الجهالة الفاحشة عنها ويسلمها له في المجلس.
استدل الجمهور على اشتراط الأجل في السلم بالسنة والمعقول السنة: ما أخرجه الأئمة الستة عن أبي المنهال قال سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال رسول الله ﷺ: من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.
وطريق الاستدلال به من وجوه.
أ ـ أن الرسول ﷺ قد أوجب مراعاة القدر في السلم بهذا النص. فمراعاة الأجل تكون واجبة أيضاً فيه كالقدر لأن الأمر منصب فيهما بعبارة واحدة فلا تصح التفرقة بينهما إذن.
ب ـ أن الرسول ﷺ بقوله هذا قد شرع السلم موصوفاً بصفة «بوجه خاص ومنه التأجيل» فلا يوجد السلم =

....

= بدون تلك الصفة لأن المشروع بصفة لا يوجد بدونها وذلك كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه. وكمن قال من دخل داري فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها إلا وهو كذلك.

حـ ـ أن الحديث يفيد اشتراط الأجل من حيث المغايرة بين قرائنه إذ لو كان المراد منه أن يكون الأجل معلوماً إذا كان مؤجلاً لكان يقول وأجل معلوم كما قال في كيل معلوم فقوله: إلى أجلٍ معناه: وليكن إلى أجل معلوم فدل هذا على وجوب اشتراط الأجل هنا.

د ـ أن حذف الواو في قوله ﷺ: إلى أجل معلوم جعل الأجل متعلقاً بكل من السلم في المكيل والسلم في الموزون فليس هو مخيراً فيه كما كان مخيراً في الكلية والوزنية وذلك دليل على لزومه مطلقاً.

المعقول: وقد استدل الجمهور بالمعقول على اشتراط الأجل في السلم فقالوا:

أولاً: السلم لغة بمعنى السلف وهو تعجيل أحد البدلين مع تأخير الآخر ولهذا اختص باسم لا يشاركه فيه غيره من أنواع البيوع فلو جاز حالاً لما كان هناك وجه لاختصاصه باسم السلم إذ تصبح التسمية غير مطابقة.

ثانياً: أن السلم شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس الذين يحتاجون إلى نفقة عاجلة. ويقدرون على البدل بقدرة آجلة وللاسترباح بالنسبة لأرباب الأموال ولا بد للرخصة من محل يصلح لأن تتحقق وتوجد فيه والسلم الحال لا يصلح لأن يكون محلاً لهذا الترخيص الذي قد منّ الله به على عباده وذلك لأن المسلم إليه فيه قادر على تسليم المعقود عليه. وإذن فليس به من حاجة يراد دفعها بالترخيص له في السلم وإذ لا حاجة لم يكن هناك وجه للمشروعية.

واستدل الإمام الشافعي رضي الله عنه على عدم اشتراط الأجل بالكتاب والسنة والمعقول.

الكتاب: قال الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ وهو عام يشمل كل أفراد البيع مطلقاً من غير اشتراط التأجيل في أحدها ما لم يخرج بيع بدليل خاص فيدخل فيه السلم الحال إذ لا دليل على خروجه.

السنة: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» ووجه الدلالة فيه أن معنى الحديث من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم فالمراد بالحديث الأخبار بالقيد وهو المعلومية لهذه الأشياء مع ملاحظة تقييد الشيء بقولنا مكيل أو موزون وعلى هذا فليس في الحديث ما يوجب الأجل وإنما أوجب العلم به إذا وجد فالإيجاب راجع إلى الوصف وهو المعلومية دون الموصوف وهو الأجل وإنما كان المراد من الحديث هذا لأنه لو أريد به حصر المشروعية في المؤجل لكان أمراً بحصر السلم في المكيل والموزون فقط لا يتعداهما إلى غيرهما لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد فما يجري على أحدها يجري على الآخر وهذا باطل لأنا نقول بجواز السلم في كل ما يضبط من مزروع ومعدود باتفاق بيننا وبينكم.

المعقول: واستدل الإمام الشافعي رضي الله عنه بالمعقول فقال:

أولاً: إن الأجل شرع في البيوعات الحاضرة مخيراً فيه للترفيه عن المحتاج وليس شرطاً فيها فالسلم كذلك مشروع فيه الأجل ترفيها لا شرطاً لأن الكل معاوضة مال بمال.

ثانياً: المقتضى لاشتراط الأجل في السلم هو السعي في تحصيل المسلم فيه للقدرة على تسليمه والإقدام على العقد دليل عليها إذ الشأن أن العاقل لا يلتزم شيئاً لا يقدر على تسليمه حفظاً لكرامته وصيانة لمركزه =

....

= فكان ظاهر الأمر يفيدنا أنه أقدم على هذا العقد وهو قادر على تسليمه. وذلك كاف في جواز العقد إذ الأحكام تناط بالظواهر وعلى هذا فلا داعي إذاً للأجل فلا يشترط.

على أنه لو لم يكن قادراً على التسليم فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال بواسطة التحصيل به ولذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم قبل قبضه المسلم فيه.

ومجمل هذا أن المقتضي لاشتراط الأجل هو السعي في تحصيل المسلم فيه ليقدر على تسليمه والفرض أنه قادر فاشتراطه إذاً يكون بلا مقتضى. هكذا يسوق الحنفية هذا الاستدلال للشافعية في كتبهم وأرى أن الشافعية في غنى عنه باشتراطهم في السلم الحال وجود المسلم فيه وقت العقد فتكون القدرة على التسليم محققة فلا داعي إلى الخلف الذي يقوم مقامها وهو الأجل إذ شرط صحة الخلفية تعذر الأصل والأصل هنا موجود وهو القدرة.

ثالثاً: اتفقت كلمة الفقهاء على جواز السلم مؤجلاً فليجز حالاً بالأولى لأنه أنفى للغرر هكذا يسوق الشافعية هذا الدليل وبيانه:

أن السلم المؤجل يعتريه احتمال تحقق القدرة على التسليم واحتمال حصول التسليم بالفعل أما السلم الحال فلم يكن فيه إلا احتمال حصول التسليم فقط لأن الفرض أن القدرة محققة وما فيه احتمال واحد يكون أبعد وأنفى للغرر عما فيه احتمالان وعلى هذا فجواز السلم الحال يكون بطريق الأولى.

وبالنظر في أدلة كل من الفريقين أستطيع الخلوص إلى ما يأتي:

أولاً: أن كلاً من الفريقين قد استدل بما رواه ابن عباس رضي الله عنهما «من أسلم» ووجهه بتوجيه يصلح لأن ينتج مدعاه وإذن تجب الموازنة بين هاتين الوجهتين. وبالتأمل أرى أن توجيه الإمام الشافعي رضي الله عنه قد احتيج فيه إلى تقدير حيث أصبح معنى الحديث: من أسلم في مكيل فليكن في مكيل معلوم ومن أسلم في موزون فليكن في موزون معلوم ومن أسلم إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم وأما توجيه الجمهور فهو خال عن هذا التقدير وقد قالوا إن ما لا يحتاج إلى تقدير أولى مما يحتاج.

على أن وجهة الجمهور تتبادر إلى الذهن عند سماع الحديث فكان هذا مرجحاً قوياً لأن يكون الحديث واضح الدلالة في جانب الجمهور.

وربما يرجح هذا ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم من الآثار مثل ما رواه البخاري وعبد الرزاق عن أبي سعيد الخدري أنه قال: السلم بما يقوم به السعر ربا ولكن السلف في كيل معلوم إلى أجل ومثل ما رواه ابن أبي شيبة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا تسلف إلى العطاء ولا إلى الحصاد واضرب أجلاً.

ثانياً: أما استدلال الإمام الشافعي رضي الله عنه بعموم الآية ﴿وأحل الله البيع﴾ فغير مسلم له لأنه استدلال بعام قد أخرج منه أفراد كثيرة فأصبحت دلالته على فرد بعينه ظنية حتى إذا ما وجد ما يصلح لتخصيصه خص به وقد سبق أن الحديث مفيد لما ذهب إليه الجمهور وبذلك يصلح لأن يكون مخصصاً للآية.

وأما قياسه السلم على بيوع الأعيان فقياس مع الفارق وبيان من وجهين.

أ ـ أن البيع موضوع للمكايسة فكان المناسب لها أن يكون معجلاً وأما السلم فموضوع للرفق فكان المناسب له أن يكون مؤجلاً.

ب ـ أن التعجيل ينافي موضوع السلم وبه يبطل مدلول الاسم والتأجيل لا ينافي موضوع البيع ولا يبطل به =

وجه قوله: إن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه تمكيناً له من الاكْتِساب فلا يكون لازماً كما في بيع العين.

ولنا: ما رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - أَنَّهُ قَالَ: «**مَنْ أَسْلَمَ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ**» أوجب - عليه الصلاة والسلام - مراعاة الأجل في السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه، فيدلّ على كونه شرطاً فيه كالقدر؛ ولأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة؛ لأن السلم بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه، وربّ السلم يطالب بالتسليم، فيتنازعان على وجه تقع الحاجة إلى الفسخ، وفيه إلحاق الضرر برب السلم؛ لأنه

= مدلول الاسم فلذا صحت مخالفة قاعدة البيع في المكايسة بالتأجيل ولم تصح مخالفة قاعدة السلم في الرفق بالتعجيل.

وأما قياسه الأولوي القائل الغرر في الحال أقل منه في المؤجل فليجز بالأولى - وهو عمدتهم في هذا البحث - فيمكن دفعه بأن الشارع لما جوز السلم دفعاً لحاجة المفاليس وهي مبطنة ناطه بأمر ظاهر منضبط ذلك الأمر هو الأجل ولم ينظر فيه بعد ذلك إلى الغرر فلا يلتفت فيه حينئذ إلى قلة الغرر أو كثرته وإنما ينظر إلى تحقق المناط الذي ناط به الشارع شرعية السلم كما هو المطرد في قواعد الشريعة كالسفر لما جعله الشارع مناط القصر لأنه مظنة المشقة لم يبيح القصر بدونه وإن وجدت المشقة حتى ولو فاقت مشقة السفر وأبيح مع السفر ولو لم تكن المشقة فيه محققة.

وحيث كان مناط الجواز هو الأجل فإذا وجد فقد شرع العقد وإلا فلا وعلى هذا فلا يلزم من جوازه مؤجلاً جوازه حالاً فضلاً عن كون جواز الحال أولوياً.

ذلك ما ناقش به الحنفية قياس الشافعية الأولوي هذا وقد أعجب صاحب تهذيب الفروق في مناقشته لهذا القياس مما جعله ينعكس على الشافعية فقال:

إن الأولوية فرع الشركة والرفق الذي يحصل بالتأجيل لا يحصل بالحلول فكيف يقول بطريق الأولى.

على أنا لو سلمنا حصول الرفق بالحلول أيضاً لا نسلم عدم الغرر مع الحلول بل الحلول في السلم غرر لأنه إن كان فهو قادر على بيعه معيناً حالاً فعدوله إلى السلم قصد للغرر وإن لم يكن عنده فالأجل يعينه على تحصيله والحلول يمنع ذلك ويعين الغرر وهذا هو الغالب لأن ثمن المعين أكثر فلو كان عنده لعينه لتحصيل فضل الثمن فيندرج الثمن الحال في الغرر فيمتنع قوله إن جوازه بطريق الأولى.

وهذا الكلام في القياس عزيز. فإن الشافعية يظنون بهذا القياس أنه قطعي وأنه يقتضي الجواز بطريق الأولى ويحكون هذه العبارة عن الشافعي رضي الله عنه فقد ظهر بهذا البحث انعكاسه عليهم وظهر أنه غرر لا أنه أنفى للغرر بل أوجد للغرر.

ومن هذه المناقشات يمكن أن أخلص إلى القول بأن مذهب الجمهور أولى بالرجحان لما سبق من أن السنة أقرب ما يكون إلى جانبهم فتصلح أن تكون مخصصة لعموم قول الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾.

وقد أبان ابن العربي سرًّا من أسرار التشريع يرجح قول الجمهور فقال: «السلم الحال عقد باطل لأنه ليس بيع عين ولا دين وليس لهما ثالث والنبي ﷺ قد جعل الدين مؤجلاً والعين حاضراً فأما شيء حال في الذمة أبداً بعقد معاملة فليس له أصل في الشريع ويذهب معه سبب السلم والسِّمة وحكمته.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، مغني المحتاج ٢/ ١٠٥ شرح الترمذي ٦/ ٥٠.

سلم رأس المال إلى المسلم إليه وصرفه في حاجته، فلا يصل إلى المسلم فيه ولا إلى رأس المال، فشرط الأجل حتى لا يملك المطالبة إلا بعد حل الأجل، وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهراً، فلا يؤدي إلى المنازعة المفضية إلى الفسخ والإضرار برب السلم، ولأنه عقد لم يشرع إلا رخْصَة؛ لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، لِمَا رُوِيَ: **«أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ، وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»** فهذا الحديث يدل على أن بيع ما ليس عند الإنسان لم يشرع إلا رخصة، وأن [بيع][1] السلم بيع ما ليس عند الإنسان أيضاً على ما ذكرنا من قبل.

والرُخصة في عرف الشرع اسم لما يغير عن الأمر الأصلي بعارض عذر إلى تخفيف ويسر[2]؛ كرخصة تناول الميتة وشرب الخمر بالإكراه **والمخمصة** ونحو ذلك، فالترخُص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي؛ وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العَدَم ضرورة الإفلاس، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرّخصة، فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية، فكانت حرمة السَّلم الحال علىٰ هذا التقرير مستفادة من النَّص، كأن ينبغي ألاَّ يجوز السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال، إلا أنه صار مخصوصاً عن النهي العام، فألحق بالعاجز/ عن التسليم للحال على اعتبار الأصل وإلحاق النادر بالعدم في أحكام الشّرع، والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب. ٣/١٠٩أ

ومنها: أن يكون مؤجّلاً بأجل معلوم[3]، فإن كان مجهولاً فالسلم فاسد، سواء كانت

---

(١) سقط من ط.

(٢) ينظر: الكلام على الرخصة من: الإحكام للآمدي ١/١١٧، المستصفى ١/٧٣، حاشية البناني على جمع الجوامع ١/١٧٢، شرح العضد ٤/٦، شرح الكوكب المنير ١/٤٢٣، تيسير التحرير ٢/٢٢٨، فواتح الرحموت ١/١١٣.

(٣) قد اتفق العلماء على أن السلم إذا كان مؤجلاً فليكن إلى أجل معلوم إذ قد وصف الله تعالى ونبيه ﷺ الأجل بذلك فكان أمراً لزاماً وبالاستقراء لم نجد في اشتراط معلومية الأجل خلافاً فكان هذا إجماعاً ونظراً لاختلاف الثمن باختلاف الأجل وجب بيانه دفعاً لما عساه يحصل من المنازعة على أن الأجل هو الوقت الذي يجب فيه تسليم المعقود عليه فوجب أن يكون معلوماً دراً لما قد يحصل من المنازعة أيضاً التي تنشأ من اختلاف رغبة المتعاقدين.
مقداره لما أمر الله تعالى ورسوله ﷺ بمعلومية الأجل ولم ينصا على تعيين مقداره اختلف العلماء فيه.
فمن قائل أقله أربعون يوماً نظرا إلى أن هذا أقل ما تنبت فيه ثمرة كالشعير مثلاً وهذا قول المنصور بالله من فقهاء الزيدية.
ومن قائل أقله شهر لأن الأجل إنما شرع في السلم تيسيراً على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب في مدته والشهر مدة معتبرة يمكن فيها الاكتساب فيتحقق به معنى الترفيه فأما ما دون الشهر فيعتبر في حد القلة فكان في حكم الحلول ولأن الشهر أدنى الآجل وأقصى العاجل وهذا مشهور مذهب الحنفية المروي عن الإمام محمد وعليه الفتوى عندهم. =

الجهالة متفاحشة أو متقاربة؛ لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة، وأنها مفسدة للعقد؛ لجهالة القدر وغيرها على ما ذكرنا.

وأما مقدار الأَجل فلم يذكر في الأَصل، وذكر الكرخي: أن تقدير الأَجل إلى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم - جاز.

وقال بعض مشايخنا[1]: أقله ثلاثة أيام قياساً على خيار الشرط، وهذا القياس غير سديد؛ لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدّر، والثلاث أكثر المدة على أصل أبي حنيفة، فلا يستقيم القِيَاس.

وروي عن محمد؛ أنه قدر بالشّهر وهو الصحيح؛ لأن الأَجل إنما شرط في السلم ترفيهاً وتيسيراً على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة، يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه، فأما ما دونه ففي حد القلّة، فكان له حكم الحلول، والله عز وجل أعلم.

= ومن قائل بالتفصيل بين ما يقضي ببلد العقد وبين ما يقضي بغيره. فقالوا في الأول أقله خمسة عشر يوماً أو ما قاربها لأنه أقل ما يمكن أن يختلف فيه الأسواق حتى يتمكن المسلم إليه من تحصيل المسلم فيه.
وقالوا في الثاني أقله يومان لأن هذه المدة توجب اختلاف الأسواق عادة بين البلدين وهذا قول المالكية.
ومن قائل أقله ثلاثة أيام لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط ومعتبرة في كثير من التأجيلات وأنها آخر حدّ القلة ويتعلق بها إباحة رخص السفر وهذا قول الإمام الطحاوي وهو رواية عن محمد.
ومن قائل أقله أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وهذا قول أبي بكر الرازي وبعض أصحاب زفر.
ومن قائل أقله مدة يتصور تحصيله فيها لأنه إنما اعتبر التأجيل لأن المسلم فيه معدوم في الأصل لكون السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس ليحصل ويسلم وهذا متحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها وهو راوية عن الكرخي.
وقد روي عنه أيضاً أن أقله أقل مدة ينظر فيها إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله لأن من الأشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به إلى عدم حصول المقصود من الأجل وهو القدرة على التحصيل ولذا يترك التحديد إلى عرف الناس واصطلاحاتهم دفعاً للمنازعة وتحصيلاً للمقصود.
وبالنظر في هذه التوجيهات لهذه الأقوال يرى أنها خالية من الاستدلال بالنصوص وإنما هي كلها استنباطات عقلية يمكن أن ينظر فيها إذ ليس وجه أولى من وجه آخر وبالرجوع إلى قواعد الشريعة يرى أن كل موطن لم يرد فيه تحديد من الشارع متروك إلى عرف الناس وعاداتهم يجرون فيه على مقتضى عرفهم وهو يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والجهات فكل ما سمي في العرف أجلاً كان معتبراً في صحة السلم.
ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

(١) في أ: أصحابنا.

ولو مات المسلم إليه قبل الأَجل، حل الدين؛ وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات مَنْ عليه الدين.

والأَصلُ في هذا: أنَّ موتَ مَنْ عليه الدَّين يُبْطِلُ الأَجَل، وموت مَنْ له الدين لا يبطل؛ لأن الأَجل حق المديون لا حق صاحب الدَّين، فتعتبر حياته وموته في الأَجل وبطلانه، والله عز وجل أعلم.

ومنها بيان مكان إيفائه[١] إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف

(١) كثيراً ما يكون المسلم فيه «البيع» من الأشياء التي تحتاج إلى مؤنة في النقل ولهذا بينت الشريعة الإسلامية في أحكام معاملاتها ما لكل من المتبايعين من حقوق وما عليه من واجبات دفعاً للمنازعة فهل يقين المكان الذي يستوفي فيه المسلم فيه من شروط عقد السلم بحيث إذا لم يبين في العقد كان فاسداً في ذلك اختلفت انظار العلماء ومن ثم يجيب التعرض بالتفصيل لشيء مما قالوه في هذا الموضوع فأقول:
المسلم فيه إما أن يكون من الأشياء التي لا تتطلب مؤنة انتقال وأجرة حمل كما لو كان قليلاً من المسك أو الزعفران وما أشبههما وهنا اتفقت آراء الفقهاء على أنه لا يحتاج إلى تعيين مكان الإيفاء فيه إلا أن علماء الحنفية قد اختلفت الروايات عنهم في التخريج في أي مكان يجب تسليمه.
فروي عن الإمام أنه يوفيه حيث يشاء سواء بيننا مكان الإيفاء أم لم يبينا نظرا إلى أن مالية هذه الأشياء لا تختلف باختلاف الأماكن فتعيين المكان فيها غير مفيد فيكون لاغياً.
ورواية أخرى فصلت بين ما إذا بيّن مكان الإيفاء وإذا لم يبيّن فإن لم يبين تعين موضع العقد لتسليمه لأنه موضع الالتزام.
وأما إن بيّن المكان تعين ما بيناه لأن تعيين المكان قد يفيد الحفظ من خطر الطريق فيجب العمل به حفظاً للأموال من الضياع.
وهذه الرواية توافق ما عليه المالكية والشافعية والحنابلة.
هذا وإن كان المسلم فيه مما له حمل ومؤنة فقد اختلفت أنظار الفقهاء في اشتراط فيه آراء الأئمة تعيين مكان الإيفاء.
فقال الإمام أبو حنيفة يشترط لصحة عقد السلم ذكر مكان الإيفاء «التسليم» وبه قال الثوري وهو أظهر قولي الشافعي.
وقال الإمامان أبو يوسف ومحمد لا يشترط تعيين مكان للإيفاء وإنما إن عينا مكان للتسليم عمل به وإلا وجب تسليمه في محل العقد وبه قال المالكية وهو رواية عند الشافعية والحنابلة.
وروى القاضي وأبو الخطاب عن أحمد أنه ذكر مكاناً للإيفاء فقد العقد سواء شرط مكان العقد أو غيره واختار هذه الرواية أبو بكر منهم وهو قول ابن حزم من الظاهرية.
استدل الإمام أبو حنيفة على اشتراط تعيين مكان الإيفاء بالآتي:
إنما يتعين مكان العقد موضعاً للتسليم إذا كان العقد موجباً له في الحال كما في البيع المطلق. ولكن نظراً لمشروعية الأجل في السلم لم يكن عقد السلم من العقود التي توجب التسليم في الحال فلا يتعين موضعه إذن للتسليم وإذا لم يتعين موضع العقد وجهل مكان الإيفاء أدى ذلك إلى المنازعة لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك لأن هذا يطلب التسليم في المكان القريب له وذاك يطلب في غيره فمنعاً =

....

= للمنازعة التي تنشأ عن جهالة موضع التسليم يشترط لصحة العقد تعيين مكان للإيفاء.
واستدل الصاحبان ومن وافقهم على عدم الاشتراط بما يأتي:
أولاً: بما رواه الستة أن رسول الله ﷺ قال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم وبما رواه ابن ماجه أن النبي ﷺ قال لليهودي الذي أسلم إليه وأراد نخلاً معيناً: أما من حائط بنى فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى ووجه الدلالة بهذين الحديثين أن الأول كان النبي ﷺ بصدد بيان الشروط التي تصحح عقد السلم ولم يذكره شرطاً فدل هذا على أنه ليس بشرط. وكذا في الحديث الثاني.
ثانياً: تسليم المبيع في مكان عقد البيع المطلق متعين فكذا تسليم المسلم فيه في مكان عقد السلم المتعين لصدور سبب الالتزام في كل منهما وهو العقد.
ثالثاً: الاتفاق على وجوب تسليم رأس المال في مجلس العقد فكذا يجب تسليم السلم فيه في موضع العقد لأن كلا من البدلين قد أوجب العقد تسليمه فتجب المساواة بينهما.
رابعاً: الاتفاق على أن المقترض والغاصب والمتلف يجب عليه أن يسلم ما اقترضه وما اغتصبه وما أتلفه في المكان الذي وقع فيه هذا الفعل لصدور سببه فيه فيلحق بهذه الأمور المسلم فيه. فيجب تسليمه في المكان الذي عقد فيه لحصول سببه فيه أيضاً.
واستدل ابن حزم ومن معه على أن اشتراط المكان في عقد السلم مفسد له بما يأتي:
أولاً: بقوله ﷺ: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وهذا شرط ليس في كتاب الله فيكون باطلاً ومتى اقترن العقد بشرط فهو باطل.
ثانياً: أنه شرط لا يقتضيه العقد لأن العقد يقتضي الإيفاء في مكانه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فيفسد به العقد هذا إذا اشترط غير مكان العقد أما إذا اشترط فيبطل لما يأتي وهو.
ثالثاً: أن اشتراط مكان خاص يوجب غرراً لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فيكون باطلاً.
رابعاً: إن تعيين مكيال بعينه مفسد سلم فكذلك تعيين موضع معين لتسليمه فيه لأنه في كل غررا.
ويمكن أن يناقش دليل الإمام بأن النزاع إنما ينشأ عند عدم تعيين المكان إذا لم يكن هناك عرف خاص بالتسليم في مكان العقد أما إذا جرى العرف بتعيين مكان العقد فإن ذلك يكون كافياً لحسم النزاع ورفع المشاحة التي قد تنشأ من عدم ذكر المكان.
ويمكن مناقشة أدلة الصاحبين من جانب الإمام بما يأتي:
أولاً: عدم ذكره في الحديثين لا يدل على عدم الاشتراط إذ لم يستفرقا كل الشروط لأن من الشروط المتفق عليها خلوه من خيار الشرط ولم يذكراه.
ثانياً: قولكم كل عقد أوجب التسليم تعين مكانه للإيفاء ممنوع بل إنما يتعين مكان العقد للإيفاء إذا ما كان العقد موجباً للتسليم في الحال كما في بيوع الأعيان وليس عقد السلم كذلك إذ لم يكن موجباً للتسليم في الحال فافترق الفرع عن أصله فبطل الإلحاق.
على أنا لو سلمنا أن الموجب للتسليم وجد في مكان العقد فلا يستلزم الموجب في مكان أن يوجد أثره في ذلك المكان إذ لا ملازمة في ذلك لأنه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الإيجاب مطلقاً فلا تثبت هذه الملازمة إلا سمعاً ولا دليل عليها فيجب نفيها.
ثالثاً: قياسكم المسلم فيه على رأس المال قياس مع الفارق لأن رأس المال بدل يجب تعجيله وقبضه في =

ومحمد: ليس بشرط، وعلى هذا الخلاف بيان مكان الأُجرة في الإِجارات إِذا كان لها حمل ومؤنة، وعلى هذا الخِلاف: إِذا جعل المكيل الموصوف أو الموزون المْوصُوف ثمناً في بيع العَين ـ أَنه لا بد من بيان مكان التسليم عنده خلافاً لهما؛ كذا أطلقه الكرخي ولم يفصل بين ما إِذا كان مؤجلاً أو غير مؤجّل.

ومن أصحابنا من فرقوا فقالوا: إِذا كان حالاً، يتعين مكان العقد للتسليم بالإِجماع. وحاصل الاختلاف راجعٌ إِلى مكان العقد هل يتعين للإِيفاء؟ عنده: لا يتعين، وعندهما: يعين؛ لأنه إِذا لم يتعين مكان العقد للإِيفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر ـ بقي مكان الإِيفاء مجهولاً جهالة مفضية إِلى المنازعة، فيفسد العقد، ولما تعين مكان العقد للإِيفاء عندهما، صار مكان الإِيفاء معلوماً فيصح.

وجه قولهما: أن سبب وجوب الإِيفاء هو العقد، والعقد وجد في هذا المكان، فيتعين مكان العقد لوجُوب الإِيفاء فيه؛ كما في بيع العَيْن إِذا كان المسلم فيه شيئاً له حمل ومؤنة؛ فإِنه يتعين مكان العقد لوجوب الإِيفاء فيه؛ لما قلنا كذا هذا.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن العقد وجد مطلقاً عن تعيين مكان، فلا يتعيَّن مكان العقد

= المجلس والمسلم فيه بدل يجب تأخيره عن المجلس.

رابعاً: قياسكم المسلم فيه على القرض والغصب والاستهلاك قياس مع الفارق لأن كلاً من القرض والغصب والاستهلاك موجب للتسليم في الحال تبرئة للذمة وليس هذا حاصلاً في السلم.

ويمكن مناقشة أدلة القول بفساد العقد عند اشتراطه بما يأتي:

أولاً: يقال لابن حزم المستدل بظاهر الحديث إن الشرط في قول النبي ﷺ: كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ليس على إطلاقه وإنما المراد به الشرط المخالف لما في كتاب الله بدليل أن الشريعة قد جاءت باعتبار شروط كثيرة وإن لم تكن مذكورة في الكتاب ولا في السنة بعد كونها غير مصادمة لها وقد قلت بها في مواضع كثيرة كما لو اشترط أن يكون العبد كاتباً أو حاسباً أو خطيباً مثلاً.

ثانياً: قولكم إن العقد يقتضي الإيفاء في مكانه فيكون اشتراط مكان معين شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد ممنوع لأن العقد لم يقتض الإيفاء في مكان معين وإنما اقتضى الإيفاء في أي مكان فاشتراط مكان خاص بعد ذلك اشتراط موافق لمقتضى العقد فلا يكون مبطلاً له.

ثالثاً: قولكم إن اشتراط المكان فيه غرر فيمنع باطل بتعيين الزمان أي لو كان هذا مبطلاً للغرر للزم منه البطلان عند تعيين الزمان ولا قائل به.

رابعاً: قياسكم تعيين الموضع على تعيين المكيال قياس مع الفارق لأن تعيين المكيال يؤدي إلى النزاع لفقده وفي تعيين الموضع لا يترتب عليه هذا بل هو قاطع للتنازع فالمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه هو المقتضي لصحة شرط مكان الإيفاء فكيف يصح قياس المانع على المقتضي.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، مغني المحتاج ٢/ ١٠٤، الشرح الكبير ٣/ ٢٢٢، المحلى ٩/ ١١٠.

للإيفاء؛ والدليل على إطلاق العقد عن تَعْيين مكان الحقيقة والحكم: أما الحقيقة؛ فلأنه لم يوجد ذكر المكان في العَقْد نصاً، فالقول بتَعْيين مكان العقد شرعاً من غير تعيين العَاقِدين تقييداً لمطلق، فلا يجُوز إلا بدليل.

وأما الحكم: فإن العاقدين لو عينًا مكاناً آخر جاز، ولو كان تَعيين مكان العقد من مقتضيات العَقْد شرعاً، لكان تعيين مكان آخر تغييراً لمقتضى العقد، وأنه يعتبر فيه حكم الشَّرع فينبغي ألاَّ يجوز؛ وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء، بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة؛ لأن في الأشياء التي لها حمل ومؤنة تختلف باخْتِلاف الأمكنة لما يلزم في حملها من مكان إلى مكان آخر من المؤنة فيتنازعان. وأما قولهما: سبب وجوب التسليم هو العَقْد في هذا المكان، قلنا: ليس كذلك؛ فإن العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان، فلم يوجد العقد في هذا المَكَان، وإنما هذا مكان المتعاقدين على أن العَقْد ليس بسبب لوجوب التَّسليم للحال، وإنما يصير سبباً عند حلّ الأجل مقصوراً عليه، وعند ذلك مكان العاقدين ليس بمتحدّ بل مختلف، فيتنازعان.

وأما المسلم فيه إذا لم يكن له حمل ومؤنة فعن أبي حنيفة فيه روايتانَ؛ في رواية: لا يتعين مكان العقد/ هناك أيضاً، وهو رواية كتاب «الإجارات» ويوفيه في أي مكان شاءَ، وهذا لا يوجب الفَسَاد؛ لأن الفساد ههنا لمكان الجهالة المفْضِية إلى المنازعة؛ لاختلاف القيمة باختلاف الأمكنة، وما لا حمل له ولا مؤنة لا تختلف قيمته باختلاف الأَماكن، فلم تكن جهالة مكان الإيفاء مفضية إلى المنازعة. وفي رواية: يتعين مكان العقد للإيفاء، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وهو رواية «الجامع الصغير». ورواية البيوع من الأَصل.

٣/ ١٠٩ب

ومن مشايخنا من أوّل هذه الرواية وقال: هي معنى قوله: يوفيه في المكان الذي أسلم فيه إذا لم يتنازعا؛ فإذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه، ولو شرط رب السلم التَّسليم في بلد أو قرية، فحيث سلم إليه في ذلك الموضع فهو جائز، وليس لرب السلم أن يتخير مكاناً؛ لأن المشروط هو التَّسليم في مكان منه مطلقاً وقد وجد، وإن سلم في غير المكان المشروط فلربّ السلم أن يأبى، لقوله ـ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلاَمُ ـ: **«الْمسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»** فإن أعطاه على ذلك أجراً لم يجز له أخذ الأجر عليه؛ لأنه لما قبض المسلم فيه فقد تعيّن ملكه في المقبوض، فتبين أنه أخذ الأجر على نقل ملك نفسه، فلم يجز فيرد الأجر، وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم في المكان المشروط؛ لأن حقه في التَّسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه إلا بعوض، ولم يسلم له فبقي حقه في التّسليم في المكان المشروط، وهذا بخلاف ما إذا صالح الشفيع من الشّفعة التي وجبت له على مال؛ أنه لا يصح الصلح ويسقط حقّه في **الشّفعة** وعليه رد بدل الصّلح، وإذا رده لا يعود حقه في الشُّفعة؛ لأنه ليس للشَّفيع حق ثابت في المحل قبل

التمليك بالشُّفعة، وإنما له حق أن يتملَّك، وهذا ليس بحق ثابت في المحل، فلا يحتمل الاعتياض، وبطل حقه من الشفعة بإعراضه عن الطّلب بإسقاطه صريحاً، ولرب السلم حق ثابت في التَّسليم في المكان المشروط، فإذا لم يصحّ **الاعتياض**[1] عنه، التحق الاعتياض بالعدم، وبقي الحق عل ما كان؛ والذي يدلُّ على التفرقة بينهما أنه لو قال: أسقطت حقي في الشفعة، يسقط؛ ولو قال: أسقطت حقي في التَّسليم في ذلك المكان، لا يسقط، والله عز وجل أعلم.

فصل [في الذي يرجع إلى البدلين]

وأما الذي يرجع إلى البدلين جميعاً: فهو ألاَّ يجْمَعَهما أحد وصفي علة ربا الفضل؛ وذلك إما الكيل وإما الوزن وإما الجِنس؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النساء، فإذا اجتمع أحد هَذَين الوَصْفين في البدلين، يتحقق ربا النّساء، والعقد الذي فيه ربا فاسد، وعلى هذا يخرج إسْلام المكيل في المكيل أو الموزُون في الموزُون، والمَكِيل في الموزون والموزون في المكيل، وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة[2]، وقد ذكرنا جملة ذلك، وتَفْصِيله فيما تقدَّم في مسائل ربا النساء، والله تعالى الموفق.

---

(١) الاعتياض: أَخْذُ العِوَضِ.

(٢) ذكر الحنفية من شروط صحة السلم شرطاً للبدلين معاً فقالوا: يشترط لصحة المسلم في البدلين معاً أنه لا يجمعهما أحد وصفي علة ربا الفضل ولبيانه هذا أقول:

إن ربا الفضل عند الحنفية يتحقق إذا ما كان البدلان متجانسين مع اتحادهما في القدر الذي هو الكيل أو الوزن وإذن فالوصفان في علة ربا الفضل هما اتحاد الجنس واتحاد القدر «الكيل أو الوزن» وهما تمام علته وبذلك يكون معنى قولهم إن لا يجمعهما أحد وصفي علة ربا الفضل أن المسلم لا يصح إذا ما وجد في البدلين اتحاد الجنس كإسلام قمح في قمح أو اتحاد القدر كأن يكون كل من البدلين مكيلاً نحو الحنطة في الشعير أو موزوناً كالسكر في العسل.

وقد قالوا إنه أحد هذين الوصفين يوجب حرمة النساء «التأخير» فهو تمام علته ومنه هذا يعلم أن الذي يمنع من صحة السلم هو وجود ربا النسيئة فيه سواء وجد معه ربا الفضل أم لا.

ويذكر المالكية في كتبهم من شروط صحة السلم شرطاً للبدلين معاً وهو أن لا يكونا «رأس المال والمسلم فيه» طعامين ولا نقدين ولا شيئاً في أكثر منه أو في أجود منه من جنسه أو أقل منه إلا أن تختلف المنفعة في أفراد الجنس الواحد فيصير كالجنسين.

وعند النظر في عبارتهم هذه يرى أنها تشتمل على نفي خمسة أشياء أحدها: أنه لا يكونا طعامين سواء أكانا متحدي الجنس أم لا فلا يصح إسلام إردب قمح في مثله كما لا يصح إسلام إردب قمح في إردب فول يؤخذ بعد شهر مثلا.

ثانيها: أنه لا يكونا نقدين فلا يصح إسلام جنيه في مثله كما لا يصح إسلام جنيه في خمسة ريالات. =

....

= ثالثها: أن لا يكون رأس المال أقل منه السلم فيه إذا كان من جنسه وعليه فلا يصح إسلام ثوب في ثوبين من جنسه أو قنطار من القطن في قنطارين واستثنوا من هذا ما إذا اختلفت المنفعة في أفراد الجنس الواحد بحيث تعادل منفعة الواحد منفعة الاثنين وذلك كإسلام سيف قاطع جيد في سيفين أقل منه فإنه قالوا بجواز هذا.

رابعها: أن لا يكون رأس المال رديئاً والمسلم فيه جيداً إذا كان من جنس واحد فلا يصح إسلام قطنية شامية في قطنية بلدية.

خامسها: أن لا يكون رأس المال جيداً والمسلم فيه رديئاً فلا يصح إسلام ثوب جيد في ثوب رديء ولا ثوب في ثوب.

وبمقارنة ما تحتويه عبارة الحنفية بما تحتويه عبارة المالكية يرى أن المالكية قد اشترطوا في البدلين ما اشترطه الحنفية من وجوب أن لا يجر إسلام أحد البدلين في الآخر إلى وجود ربا النساء وذلك ما تضمنه قولهم أن لا يكونا طعامين ولا نقدين وذلك لأن هذين النوعين أي الطعام والنقد هما كل ما يتحقق فيه الربا عندهم.

ولكن عبارة المالكية المتقدمة لم تقتصر على وجوب السلامة من الربا فقط بل زادت أشياء أخرى هي ما تضمنه قولهم أن لا يكون رأس المال مسلماً في شيء أكثر منه أو أجود أو أقل من جنسه فجعلوا من شروط صحة السلم السلامة من هذه الأشياء أيضاً وقد قالوا إن في إسلام الشيء في أكثر منه أو أجود سلفاً بزيادة لأن إسلام نحو قنطار من القطن في قنطارين أو في قنطار أجود منه من جيشه يشبه ما إذا وقع إنسان القنطار إلى أخيه قرضاً لينتفع به إلى مدة ما باستهلاك أو غيره ثم يرده مع زيادة في المقدار أو الصفة.

ولما كانت هذه الشبهة قائمة والسلف بالزيادة محرماً قالوا بمنع السلم إذا كان يؤدي إليها سدًّا لذريعة الفساد.

وإنما حرم الشارع الحكيم السلف بزيادة لأن الله عز وجل شرع السلف قربة للمعروف والإحسان حتى صار أصلاً قائماً بنفسه غير البيع بحيث يكون دفع دينار لأخذ عوضه ديناراً إلى أجل إن كان على وجه القرض كان من شأنه عادة وعرفاً المسامحة والمكارمة فلا يكون ممنوعاً وإن كان على وجه البيع كان من شأنه عادة وعرفاً المكايسة والمغابنة فيكون ممنوعاً فإذا دخل السلف عرض انتفاع المسلف بطلت حقيقته التي هي قصد المعروف والإحسان قربة لله تعالى وآل الأمر إلى حقيقة قصد المكايسة والمغابنة فيترتب عليه التحريم.

أما إذا أسلم شيئاً في أقل منه أو أردأ فإنما منعوه لشبهة الضمان بجعل وذلك لأن من دفع ثوبين إلى غيره ليرد له ذلك الغير بعد شهرين مثلاً أحدهما فكان قد دفع إليه ثوباً ليتحمل ضمان هلاكه أو نقصه إلى الأجل ثم يأخذ في نظر ذلك الثوب الآخر الذي تسلمه مع الثوب المضمون.

ولما كان ضمان الأشياء إنما يكون بجعل الشارع وإقامة على أسباب خاصة من الملك ونحوه ولا يستحق الضامن في نظير ضمانه أي ثمن كان فنقل عن هذا الوضع يكون محرماً لأنه تبديل لأحكام الله تعالى فعند اشتمال السلم إلى ما يؤدي إليه غيره صحيح على أن صحة المعارضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ولم يدل عليه فوجب نفيه.

هذا ما زاده المالكية وعند التأمل فيه يرى أنهم يوافقون الأحناف لأنه اتحاد الجنس متحقق فيما ذكروه من السلف بزيادة والضمان يجعل غير أنهم يختلفون في علة التحريم فالحنفية يجعلون العلة هي الربا إذا =

فصل [في بيان ما يجوز من التصرف في السلم وما لا يجوز]

وأما بيان ما يجوز من التصرُّف في المسلم فيه وما لا يجُوز؛ فنقول وبالله التوفيق: لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه؛ بأن يأخذ ربّ السلم مكانه من غير جنسه؛ لما ذكرنا أن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع، ولا يجُوز بيع المبيع المنقول قبل القبض، ويجوز الإبراء عنه[1]؛ لأن قَبْضه ليس بمستحق على رب السلم، فكان هو بالإبراء متَصرّفاً في خالص حقه

= الجنس وحده كاف في تحقق الربا عندهم وأما المالكية فإنهم يعللون بما ذكروا من السلف بزيادة أو الضمان يجعل إذ لا ربا عندهم إلا في الطعام والنقد.

هذا ما ذكره الحنفية والمالكية أما الشافعية والحنابلة فلم يذكروا من شروط السلم شرطاً للبدلين معاً وإنما ذكروا أحكام فروع هي من جزئيات هذا الأصل ويؤخذ من مجموعها أنهم يتفقون مع غيرهم في اشتراطه ولعلهم لم ينصوا على شرطيته في السلم استغناء عنه بما قدموه في البيوع من شرطة.

وقد وقع مثل صنيع الشافعية والحنابلة لبعض المؤلفين من فقهاء الحنفية إذ إن بعضهم يذكر من شروط صحة السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين ليخرج السلم في الأثمان التى هي الدراهم أو الدنانير وبعض آخر لا ينصون على هذا شرط استغناء عنه بتقييد الموزونات التى يجوز السلم فيها بأن تكون غير أثمان وعلى كل حال فهذا اختلاف منحى وعبارة في التأليف والكتابة وليس اختلافاً جوهرياً ناشئاً عن اختلاف رأي ودليل.

ويستنتج مما تقدم اتفاق الأئمة الأربعة على أنهم يشترطون في صحة السلم أن لا يؤدي إسلام أحد البدلين في الآخر إلى الربا.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، الشرح الكبير ٣/ ٢٠١، فتح القدير ٥/ ٣٢٤.

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على أن لكل من المتعاقدين أن يتصرف فيما تملكه بعقد السلم بعد قبضه. فللمسلم إليه أن يتصرف في رأس المال بعد قبضه في المجلس بما شاء من التصرفات الشرعية كأن يبيعه أو يهبه أو يتصدق به على رب السلم أو غيره كما أن لرب السلم كامل التصرف في المسلم فيه بعد قبضه لمن يريد سواء أكان للمسلم إليه أم لغيره.

هذا في التصرف بعد القبض أما التصرف قبله فتختلف أنواع التصرفات بعضها عن بعض فبينما يجوز بعضها يمتنع البعض الآخر فكان من المستحسن الإشارة إلى بعض التصرفات الجائزة وغيرها.

الإبراء عن أحد البدلين ومعنى الإبراء إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر كإسقاط الدائن دينه والأصل فيه أنه يصح من غير توقف على قبول المدين.

فإذا أبرأ رب السلم المسلم إليه عن المسلم فيه صح إبراؤه من غير قبول المسلم إليه لأن هذا الإبراء لا يترتب عليه إخلال بشرط من شروط السلم إذ ليس من شروطه قبض المسلم فيه فإسقاطه قبل قبضه لا يكون حسداً للعقد حيث قد فرض فيه توفر شروط صحته فلا موجب للفساد إذن.

وعلى هذا لم يتوقف الإبراء على قبول من المسلم إليه لكن هذا إنما هو في ظاهر الرواية عند الحنفية ويقابل هذه الرواية ما روى الحسن أنه لا يصح ما لم يقبل المسلم إليه ولو قبله كان فسخاً لعقد السلم.

تلك قاعدة الإبراء من حيث إنه لا يتوقف على القبول وقد جرى ظاهر الرواية على مقتضاه في الإبراء عن المسلم فيه بينما نصوا على مخالفتها في الإبراء عن رأس المال إذا اتفق علماء الحنفية على أن المسلم إليه =

....

= لو أبرأ رب السلم عن رأس المال قبل قبضه لم يكن هذا الإبراء معتبراً إلا إذا قبله رب السلم وحينئذ يقدر أن المتعاقدين قد تراضيا على فسخ السلم فإذا دفع المسلم إليه إلى رب السلم ما كان قد التزمه أصبح هبة جديدة بدون مقابل.

وأما إذا لم يقبل رب السلم إبراءه من رأس المال كله هذا الإبراء لغواً غير معتدٌ به فيبقى رب السلم ملزماً برأس المال والمسلم إليه ملزماً بالمسلم فيه.

والداعي إلى مخالفة قاعدة الإبراء ها هنا من حيث توقفه على القبول أن في الإبراء فسخاً للعقد فلو صح دون قبول لكان في ذلك حكماً بأن أحد العاقدين وهو المبرىء (السلم إليه) قد استقل بفسخ العقد والقاعدة الشرعية أن العقود إنما تنفسخ باتفاق المتعاقدين معهما فوجب أن لا يصح الإبراء دون القبول لذلك.

وهذا مما فارق السلم فيه عقد البيع حيث يجوز في البيع أن يبرىء البائع المشتري من الثمن قبل القبض من غير توقف على قبول المشتري إذ قبض الثمن ليس شرطاً لصحة البيع ولا يجوز أن يبرىء المشتري البائع عن المبيع قبل القبض إذا كان عيناً إذ من شرط الإبراء أن يكون عن غير عين حيث إنه إسقاط وإسقاط الأعيان لا يقبل.

والاستبدال وهو أن يأخذ أحد العاقدين في نظير ما يخصه من البدلين شيئاً من غير جنسه فأحياناً يحضر رب السلم رأس المال مغايراً لما اشترط عليه دفعه كأنه يتعاقد الطرفان على أن يكون رأس المال ذهباً فيحضر بدلاً عنه ورقاً أو يتفقا على أن يكون رأس المال إردباً من القمح الهندي فيحضره ثوباً مع التساوي في القيمة فهذا لا يجوز لأن قبض رأس المال لما كان شرطاً فبالاستبدال يفوت قبضة حقيقة لأنه إنما قبض بدله وبدل الشيء غيره.

وأحياناً يحضر المسلم إليه بدلاً عن المسلم فيه جنساً مغايراً لما اتفقا عليه كأن يكون السلم في إردب من القمح الهندي فيأتي بثوب بدلاً عنه.

ففي هذه الحالة قد اختلفت أنظار الفقهاء في حكمها.

فجمهور الأئمة على منعها لأنه يؤدي إلى بيع الشيء قبل قبضه، وذلك منهي عنه.

وأجاز الإمام مالك رضي الله عنه أن يقضي المسلم إليه عن المسلم فيه شيئاً من غير جنسه إن كان مناجزة وصح دفع رأس المال فيه وصح بيع المسلم فيه قبل قبضه وجاز بيعه أي المأخوذ بالمسلم فيه.

وذلك كأن يكون المسلم فيه طعاماً أو حديداً فيحضر بدلاً عنه ثوباً أو كتاباً ورأس المال ذهب أو فضة.

فذلك جائزة عنده إذا تراضيا عليه فإن لم يكن مناجزة بأن أسلم في ثوب فدفع بدله طعاماً إلى أجل لم يجز لأنه فسخ دين في دين.

وكذلك إن لم يصح دفع رأس المال فيه كأن يكون رأس مال السلم نحاساً مسلماً في ثوب فقضى عن الثوب نحاساً مثل رأس المال فإنه لا يجوز إذ لو جاز لأدى إلى إسلام الشيء في جنسه وهو ممنوع.

ومثل هذا أيضاً ما إذا لم يجز بيع المسلم فيه قبل قبضه بأن كان طعاماً فإن القضاء عنه بغير جنسه لا يجوز إذ يلزم عليه بيع الشيء قبل قبضه وعن المالكية أن ما لا يجوز بيعه قبل قبضه هو الطعام من معاوضة.

ومثل ذلك ما إذا لم يصح بيع المقضى أي المأخوذ بالمسلم فيه كأن يكون رأس المال ثوباً قد دفع في حيوان فقضى عن هذا الحيوان لحماً من جنسه لأنه يؤدي إلى الربا الممنوع.

ولقائل أن يقول إن في الاستبدال بغير الجنس مطلقاً بيع الشيء قبل قبضه وقد ثبت النهي عنه فوجب أن لا يصح وذلك مما يرجع مذهب الجمهور.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

بالإسقاط، فله ذلك؛ بخلاف الإبْراء عن رأسِ المَال؛ لأنه مستحقّ القَبْض حقاً للشرع، فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء عَلى ما ذكرنا.

وتجوز الحَوَالة بالمسلم فيه؛ لوجود رُكْن الحوالة مع شرائطه[1]؛ وكذلك الكفالة به لما

(١) وهي نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر. وركنها الإيجاب والقبول. ومن شروطها أن تكون بدين صحيح معلوم.
وذلك كأن يكون إبراهيم دائناً لِعَلِيٍّ بدينار على حين أن عليًا دائن لسعيد بدينار مثله فلما أن أراد ابراهيم أن يطالب علياً بدينه قال له اذهب فتسلمه من سعيد فإنه مدين لي بمثل دينك الذي عَلَيَّ فإذا رضي إبراهيم بنقل دينه من ذمة علي إلى ذمة سعيد فهذا النقل هو المسمى بالحوالة وهي جائزة عند الحنفية في بدلي السلم ممنوعة عند غيرهم.
وقد احتج فقهاء الحنفية على الجواز بما يأتي:
١ ـ أن تلك الحوالة قد توفر فيها ركنها من إيجاب وقبول وشرطها من كونها بدين صحيح معلوم فتكون جائزة.
٢ ـ لا مانع من جوازها في السلم إلا خشية فوات شرط قبض رأس المال في المجلس. وهذا المانع منتفٍ لأن الحوالة تحقق هذا الشرط الذي يتوهم فيها أن تكون مفوتة له ويتوسل بها إلى استيفاء الحق فتكون مؤكدة له فتجوز.
واحتج الجمهور على منعها بالنسبة لرأس مال السلم بما يأتي:
١ ـ أن الحوالة قد شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخير عن المجلس. ومن شرط رأس مال السلم أن يقبض فيه فلا يحصل بالحوالة ما شرع له عقد السلم فتخلو عن الفائدة. أو يتنافى مع شرط السلم فتمنع.
٢ ـ أن الحوالة موجبة لتحول الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فيكون المحال عليه لدفع رأس مال السلم نيابة عن رب السلم حين الأداء يكون مؤدياً عن نفسه لا عن جهة رب السلم والواجب في هذا العقد أن يتقاضى رأس ماله من جهة رب السلم فلم تجز الحوالة به وإلا كان رب السلم هو المحال عليه وقد فرض أنه هو المحيل.
واحتجوا أيضاً على منعها بالنسبة للمسلم فيه بما يأتي:
١ ـ أن الحوالة بيع فيكون المسلم فيه مبيعاً ولا يجوز بيع المبيع قبل قبضه لقوله ﷺ إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه إذ هو عام فيشمل بيع المسلم فيه بطريق الحوالة وغيره.
٢ ـ أن من شروط الحوالة أن يكون الدين الذي أحيل به ثابتاً مستقراً في الذمة وعقد السلم يحتمل أن يعرض له الفسخ بعدم وجود المسلم فيه عند حلول أجله مثلاً فلذا لم يكن المسلم فيه ديناً ثابتاً في الذمة فلا تجوز الحوالة به.
ولو نظر في تلك الأدلة المتقدمة لوجد أن أدلة الجمهور في منع الحوالة في بدلي السلم يمكن أن تناقش بما يأتي:
أولاً: يرد على الأدلة المانعة من جوازها في رأس مال السلم.
١ ـ أن دليلهم القائل إن الحوالة قد شرعت في دين يتأخر قبضه ممنوع بأن الحوالة كالوكالة في الأداء تقبل في الديون الحالة والمؤجلة وإذن فلا مانع أن يحيل على شخص موجود في المجلس مستعد للإيفاد وأن قولهم: بعد الفائدة في الحوالة فيه منتفٍ إذ الفائدة محققة وهي براءة ذمة المدين من المطالبة وهي أجل ما تقصد للشارع. =

قلنا، إلا أن في الحوالة يبرأ المسلم إليه، وفي الكَفَالة لا يبرأ، ورب السلم بالخيار إن شاء طَالب المسلم إليه، وإن شاء طَالِب الكَفيل؛ لأن الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرِئة، إلا إذا كانت بشَرْط براءة المكفول عنه؛ لأنها حوالة معنى عل ما ذكرنا.

ولا يجوز لربِّ السلم الاستبدال مع الكَفِيل؛ كما لا يجوز ذلك مع المسلم إليه؛ لأَنه كفيل بما على المسلم إليه لا بدين آخر؛ إذ الدّين واحد وإنما تعددت[1] المطالبة بالكفالة[2]، وهو الصَّحيح على ما يجيء[3] في كتاب الكَفَالة.

ويجُوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم إليه عند الرُّجوع، فيأخذ بدل ما أدى إلى رب السلم؛ لأن الكفالة إذا كانت بأمر المكْفول عنه، كانت إقرضاً واستقراضاً؛ كأن الكفيل أقرض المسلم إليه، واستبدال القَرْض قبل القبض جائز ويجوز الرهن/ بالمسلم فيه؛ لأنه دين حقيقة والرّهن بالدَّين ـ أيّ دين كان ـ جائز، والإقالة جَائِزة في المسلم فيه كما تَجُوز في بيع العين، لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**مَنْ أَقَالَ نَادِماً، أَقَالَ اللَّهُ عثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ**»[4] مطلقاً من غير

٣/ ١١٠أ

= ٢ ـ وأن قولهم: الحوالة تؤدي إلى أن لا يكون رب السلم هو المؤدي ممنوع إذ إن دافع الحق إنما يدفعه بالأصالة عن نفسه حيث تبرأ ذمته من الدين وبالنيابة عن رب السلم حيث تبرأ ذمته أيضاً فبراءة ذمتهما معاً دليل على أن هناك إعطاء من رب السلم استحق به أن يكون هو رب السلم.

ثانياً: أن أدلتهم في منع الحوالة بالنسبة للمسلم فيه مبناها على أن الحوالة بيع وأن المسلم فيه دين غير مستقر في الذمة وكلاهما ممنوع فإن لفقهاء الحنفية أن يقولوا إن الحوالة نقل حق من ذمة إلى ذمة لا بيع دين بدين وأن الدين في السلم يماثل سائر الديون فتجوز الحوالة به كما جازت في غيره.

ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض.

(١) في أ: تعذرت.

(٢) تقدم بيان على الكفالة في السلم.

(٣) في أ: ما مر.

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٢٥٢) وأبو داود (٣/ ٧٣٨) كتاب البيوع والإجارات: باب في فضل الإقالة حديث (٣٤٦٠) وأبو يعلى في «معجم شيوخه» (ص ـ ٣٤٤) رقم (٣٢٦) وابن حبان (١١٠٣ ـ موارد) والحاكم (٢/ ٤٥) والبيهقي (٦/ ٢٧) كتاب البيوع: باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وفي «شعب الإيمان» (٦/ ٣١٤ ـ ٣١٥) رقم (٨٣١٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٨/ ١٩٦) من طريق يحيى بن معين ثنا حفص بن غياث عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من أقال مسلماً عثرته أقاله الله عثرته يوم القيامة.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان.

وأخرجه ابن حبان (١١٠٤ ـ موارد) والبيهقي (٦/ ٢٧) كتاب البيوع: باب من أقال المسلم إليه بعض المال وفي «شعب الإيمان» (٦/ ٢٦٠) رقم (٨٠٧٦) والطبراني في «مكارم الأخلاق» رقم (٦٠) وقاسم بن أصبغ في «مصنفه» والبزار كما في «المقاصد الحسنة» (ص ـ ٣٩٩) رقم (١٠٦٥) من طريق اسحق بن محمد الفروي ثنا مالك بن أنس عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من أقال نادماً =

فصل؛ ولأَن الإِقالة في بيعِ العَيْن إِنما شرعت نظراً للعاقدين دفعاً لحاجة الندم، واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر؛ لأنه بيع **بأوكس** الأثمان، فكان ادعى إِلى شرع الإِقالة فيه، ثم جملة الكلام في الإِقَالة[1] في المسلم أنه لا يخْلُو: إِما أن **تقايلا** السلم في كل المسلم فيه، وإِما أن

= عثرته أقاله الله عز وجل عثرته يوم القيامة.

وقال البزار: تفرد به اسحق عن مالك وصححه ابن حبان.

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٤١) كتاب التجارات: باب الإقاله حديث (٢١٩٩) من طريق مالك بن سعيد ثنا الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة».

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٧٣): هذا إسناد صحيح على شرط مسلم. ا.هـ

وأخرجه أبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٤٥) والبيهقي (٦/ ٢٧): من طريق مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة به.

قال السخاوي في «المقاصد الحسنة» (٢ ـ ٣٩٩): وهي أصح من طريق مالك عن سمي بل قيل: إن تلك خطأ.

وأخرجه الحاكم في «علوم الحديث» (ص ـ ١٨) والبيهقي (٦/ ٢٧) من طريق عبد الرزاق عن معمر عن محمد بن واسع عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من أقال نادماً أقاله الله نفسه يوم القيامة وكشف عن مسلم كربة كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه.

قال الحاكم: هذا إسناد من نظر فيه من غير أهل الصنعة لم يشك في صحته وليس كذلك فإن معمر بن راشد الصنعاني ثقة مأمون ولم يسمع من محمد بن واسع ومحمد بن واسع ثقة مأمون ولم يسمع من أبي صالح. وللحديث شواهد من حديث أبي شريح ويحيى بن أبي كثير مرسلاً.

ـ حديث أبي شريح.

أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١١٣) عنه قال: قال رسول الله ﷺ: من أقال أخاه بيعاً أقاله الله عثرته يوم القيامة».

قال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات وصححه المنذري في «الترغيب والترهيب» (٢/ ٥٥٥).

ـ حديث يحيى بن أبي كثير.

أخرجه عبد الرزاق (٢/ ٥٦) رقم (٢٤٦٨) عنه مرسلاً.

تنبيه صحح حديث أبي هريرة جماعة من الأئمة والحفاظ منهم على سبيل المثال. الحاكم وابن حبان والبيهقي وابن دقيق العيد كما في «المقاصد» (ص ـ ٣٩٨) والمنذري والذهبي والبوصيري وغيرهم.

(١) والإقالة رفع العقد بتراضي المتعاقدين وذلك كأن يقول رب السلم للمسلم إليه أقلني من هذا التعاقد فيرضى المسلم إليه ويرد إليه رأس المال أو يقول السلم إليه: لرب السلم أقلني مما تعاقدنا عليه فيرضى ويأخذ ماله فتخلو ذمة المسلم إليه من الدين.

وإنما أجازوا ذلك استناداً إلى النصوص الدالة على مشروعية الإقالة التي منها قوله ﷺ من أقال نادماً أقال الله عثرته يوم القيامة.

....

= ونظراً لأن الإقالة شرعت لمصلحة المتعاقدين دفعاً للندم وخاصة عقد السلم فإن اعتراض الندم فيه أكثر لأنه بيع بأوكس الأثمان فكان أدعى إلى مشروعيتها فيه.
قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائز ولأن الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله وليست بيعاً.
ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا ابن حزم من الظاهرية فقد قال يقدم جوازها في السلم استناداً منه في ذلك إلى أنها بيع ما ليس عند الإنسان وبيع ما لم يقبض وبيع فيه غرر وجهالة فيكون باطلاً.
إذ إن رب السلم إذ أقال السلم إليه من المسلم فيه فقد باعه إليه. والحال أنه لم يقبضه منه فصدق عليه أنه باع ما ليس عنده وما لم يقبضه فضلاً عن أن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه والدين قبل قبضه يكون مجهولاً فبيعه يكون بيع المجهول ففيه غرر ولذلك كله يمنع.
ولو قال قائل إن بيع الدين ممن هو عليه ليس بيع مجهول ولا غرر فيه إذ المدين أعلم بما هو عليه من الدين الموصوف بالصفات الرافعة الجهالة لكان ذلك أقرب إلى الصواب.
وأما كون الإقالة بيع ما ليس عند البائع أو بيع ما لم يقبض فعلى فرص تسليم أن الإقالة بيع فلتكن مستثناة من المنع لما فيها من المكارمة على أن لمانع أن يذهب إلى الإقالة ليست بيعاً وإنما هي حل ورفع للعقد.
ولما كانت النصوص الدالة على مشروعية الإقالة عامة تشمل الإقالة في الكل والإقالة في البعض قال أكثر القائلين بجوازها في السلم بمقتضى هذه النصوص فأجازوا الإقالة في الكل والإقالة في البعض وممن ذهب إلى ذلك ابن عباس وعطاء وطاوس والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأحمد.
ووجهوا ذلك بأن الإقالة معروف مندوب إليه والمعروف الذي يجوز في البيع يجوز في البعض إذ لا فارق بين الحالتين لأن اعتراض الندم المقتضي للإقالة قائم في الحالين على السواء ولو كان رأس المال قد هلك في يد المسلم إليه لأن ثمن والمسلم فيه مبيع وقيام الثمن ليس شرطاً لصحة الإقالة إنما الشرط قيام المبيع وقد وجد.
وخالف في جواز الإقالة في بعض المسلم فيه من الصحابة ابن عمر ومن التابعين ابن المسيّب وابن سيرين وسعيد بن جبير وربيعة والنخعي ومن الأئمة ابن أبي ليلى وإسحاق فقالوا: بعدم جوازها في البعض وهو رواية عن أحمد.
مستندين في ذلك إلى أن الإقالة إذا حصلت في البعض بقي البعض الآخر بما يقابله من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه فلم يجز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد.
وللجمهور أن يردوا هذا الاحتجاج بأنه ـ بعد كونه تعليلاً في مقابلة النصوص الدالة على مشروعية الإقالة مطلقاً ـ مدفوع بأن المنافع غير مدخول على جعلها رأس مال سلم فلم تكن مقصودة في العقد أصلاً بدليل أنهما لو تقايلا في الكل لم يكن لرب السلم أن يطالب المسلم إليه بما اقتضى من منافع فكان ذلك برهاناً على أنها ملغاة غير منظور إليها فلم تكن مما يقصد جعلها حينئذ جزءاً مما يقابله الباقي بعد الإقالة.
وبهذا ظهر رجحان قول الجمهور وتمشيه مع مقتضى الأدلة الشرعية.
ثم إذا جازت الإقالة فإن كان رأس مال السلم مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم إليه رد عينه إلى رب السلم. لقوله ﷺ من وجد عين ماله عز وجل فهو أحق به وإن كان هالكاً فإن كان مما له مثل فعليه رد مثله وإلا فقيمته.
وإن كان مما لا يتعين بالتعيين «وهو الدراهم والدنانير» فعليه رد ومثله هالكاً وقائماً لأن قبضه وقع عن =

تقايلا في بعض دون بعض؛ فإن تقايلا في كل لمسنم فيه جازت الإقالة لما قلنا، سواء كانت الإِقَالَة بعد حل الأجل أو قبله؛ لأن نص الإقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال.

وكذ جواز اعتراض الندم قائم في الحَلَين؛ وسواء كان رأس المَالِ قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً، أما إذا كَانَ قائماً فلا شك فيه.

وكذا إذا كان هالكاً؛ لأن رَأْسَ مال السلم ثمن، والمبيع هو المسلم فيه، وقيام الثَّمن ليس بشَرْط لصحة الإِقَالة؛ إنما الشَّرط قيام المبيع وقد وجد، ثم إذا جازت الإقالة؛ فإن كان رأس المَال مما يتعيَّن بالتَّعيين وهو قائم، فعلى المسلم إليه رد عينه إلى ربّ السلم، لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «**مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**»(١) وإن كان هالكاً؛ فإن كان مما له

= عقد صحيح فانتقل ملكه إليه وصارت ذمته مشغولة بمثله لصاحبه فإذا ما وجب رده لم يلزم إلا بالمثل لأن الأثمان يقوم بعضها مقام بعض إذ لا تتعلق الأغراض بذواتها.
وكذلك إذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم في يده جازت الإقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض لأن المقبوض في يده بعقد السلم كان عين ما ورد عليه العقد.
ينظر: عقد السلم لشيخنا عبد العظيم فياض، المحلى ٩/ ٤٥، المغني للحنابلة ٤/ ٣٤٣.

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٧٨) كتاب البيوع: باب ما جاء في إفلاس الغريم حديث (٨٨) والبخاري (٥/ ٦٢) كتاب الاستقراض: باب إذا وجد ماله عند مفلس حديث (٢٤٠٢) ومسلم (٣/ ١١٩٣) كتاب المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشتري حديث (٢٢/ ١٥٥٩) وأبو داود (٣/ ٧٨٩) كتاب البيوع والإجارات: باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه حديث (٣٥١٩) والترمذي (٣/ ٥٦٢ - ٥٦٣) كتاب البيوع: باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه حديث (١٢٦٢) والنسائي (٧/ ٣١١ - ٣١٢) كتاب البيوع: باب الرجل يبتاع البيع فيفلس، وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس حديث (٢٣٦٠) وأحمد (٢/ ٢٥٨) والدارمي (٢/ ٢٦٢) كتاب البيوع: باب فيمن وجد متاعه عند المفلس، والدارقطني (٣/ ٢٩) كتاب البيوع حديث (١٠٧) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٦٣٠) والبيهقي (٦/ ٤٤) كتاب التفليس: باب المشتري يفلس بالثمن، وأبو نعيم في «الحلية» (٥/ ٣٦١) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٣٩ - بتحقيقنا).
من طريق يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع عمر بن عبد العزيز يحدث أنه سمع أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام يحدث أنه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله ﷺ: «أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غير».
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وقال أبو نعيم: صحيح ثابت متفق عليه.
وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٤) كتاب المساقاة: باب من أدرك ما باعه عند المشتري حديث (٢٤/ ١٥٥٩) والطيالسي (١/ ٢٧٥ - منحة) رقم (١٣٨٦) وأحمد (٢/ ٤١٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٦٤) والبيهقي (٦/ ٤٦) كتاب التفليس: باب المشتري يفلس بالثمن، من طريق النضر بن أنس عن بشير ابن نهيك عن أبي هريرة به. =

....

= وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٤) كتاب المساقاة: باب من أدركه ما باعه عند المشتري حديث (٢٥/ ١٥٥٩) والبيهقي (٦/ ٤٦) كتاب التفليس، باب المشتري يفلس بالثمن. من طريق خيثم بن عراك عن أبيه عن أبي هريرة.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٩٣) كتاب البيوع: باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده حديث (٣٥٢٣) وابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس حديث (٢٣٦٠) والطيالسي (١/ ٢٧٤) رقم (١٣٨٥) والشافعي (٢/ ١٦٣) كتاب التفليس حديث (٥٦٤) وابن الجارود رقم (٦٣٤) والحاكم(٢/ ٥٠ ـ ٥١) والبيهقي (٦/ ٤٦) كتاب التفليس باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، كلهم من طريق ابن أبي ذئب قال ثنى أبو المعتمر بن عمرو عن ابن خلدة الزرقي قال: جئنا أبا هريرة رضي الله عنه في صاحب لنا أفلس فقال: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه اللفظة ووافقه الذهبي.

وأخرجه أبو داود (٣/ ٧٩١) كتاب البيوع: باب الرجل يفلس فيجد متاعه بعينه حديث (٣٥٢٢) وابن الجارود (٦٣٢) والدارقطني (٣/ ٣٠) كتاب البيوع حديث (١١٠) والبيهقي (٦/ ٤٦) كتاب التفليس: باب المشتري يموت مفلساً بالثمن كلهم من طريق اسماعيل بن عياش عن الزبيدي عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال:

... وأيما امرئ هلك وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء.

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٠) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه حديث (٢٣٥٩) وابن الجارود (٦٣١) والدارقطني (٣/ ٢٩ ـ ٣٠) كتاب البيوع: حديث (١٠٩) والبيهقي (٦/ ٤٧) كتاب التفليس: باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، من طريق إسماعيل عن موسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل وقد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة للغرماء.

وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩١) كتاب الأحكام: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس حديث (٢٣٦١) والدارقطني (٣/ ٣٠) كتاب البيوع حديث (١١١) والبيهقي (٦/ ٤٨) كتاب التفليس: باب المشتري يموت مفلساً بالثمن، من طريق اليمان بن عدي ثنى الزبيدي محمد بن عبد الرحمن عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: أيما امرئ بعينه مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة للغرماء.

وقد روي هذا الحديث مرسلاً أيضاً.

أخرجه مالك (٢/ ٦٧٨) كتاب البيوع: باب في إفلاس الغريم حديث (٨٧) وأبو داود (٣/ ٧٩١) كتاب البيوع: باب في الرجل يفلس الرجل متاعه بعينه عنده حديث (٣٥٢٠) عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله ﷺ قال: أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجد متاعه بعينه فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء.

وفي الباب عن سمرة بن جندب وعبد الله بن عمر =

مِثْل، فعليه رد مثله؛ وإن كان مما لا مثل له، فعليه رد قيمته؛ وإن كان رأس المَالِ مما لا يتعين بالتعيين، فعليه رد مثله هالكاً كان أو قائماً؛ لأنه قبضه عن عَقْد صحيح.

وكذلك إذا قَبَض رب السلم المسلم فيه تَقَايلا، والمقْبُوض قائم في يده - جازت الإقالة وعلى ربّ السَّلم رد عين ما قبض؛ لأن المقبُوض في يده بعد السلم، كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم.

ألا ترى أنه يجُوز لربّ السلم أن يبيع المقبوض مرابحةً على رأس المال، وإن تقايلا السلم في بعض المسلم فيه؛ فإن كان بعد حل الأجل، جازت الإقالة فيه بقدره، إذا كان الباقي جزءاً معلوماً من النّصف والثّلث ونحو ذلك من الأجزاء المعلولة؛ لما ذكرنا أن الإقالة شرعت نظراً، وفي إقالة البَعْض دون البعض ههنا نظر من الجانبين؛ لأن السلم بيع بأبخس الأثمان؛ لهذا سمَّاه ابن عباس - رضي الله عنهما - حسناً جميلاً، فقال - رضي الله عنه -: ذلك المعْرُوف الحسن الجميل، والسلم في الباقي إلى أجله عند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى: يَنْفَسخ العَقْد في الكُلِّ، والصَّحيح قول العامة؛ لأن الإقالة وجدت في البعض لا في الكلّ، فلا توجب انْفِساخ العقد في الكلّ؛ لأن الحكم يثبت بقدر العلة، هذا هو الأصل؛ وإن كان قبل حل الأجل، ينظر إن لم يشترط في الإقالة تعجيل الباقي من المسلم جازت الإقَالَة أيضاً، والسلم في الباقي إلى أجله؛ وإن اشْتَرط فيها تعجيل الباقي، لم يصحّ الشرط والإقالة صحيحة.

أما فساد الشرط؛ فلأنه اعتياضٌ عن الأَجل وأنه لا يجُوز؛ لأن الأجل ليس بمال، فلا يجوز الاعتياض عنه.

= - حديث سمرة

أخرجه أحمد (٥/ ١٠) منه طريق عمر بن إبراهيم ثنا قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: من وجد متاعه عن مفلس بعينه.

- حديث عبد الله بن عمر

أخرجه البزار (٢/ ١٠٠ - ١٠١ - كشف) رقم (١٣٠١) وابن حبان (١١٦٥ - موارد) من طريق الحسن بن محمد بن أعين ثنا فليح بن سليمان عن نافع عن عمر أن رسول الله ﷺ قال: إذا أفلس الرجل فوجد رجل ماله بعينه فهو أحق به واللفظ للبزار.

ولفظ ابن حبان: إذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه فهو أحق به.

قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٤٧): رواه البزار ورجاله رجال الصحيح ا.هـ.

وصححه ابن حبان.

وأما صحّة الإقالة؛ فلأن الإِقالة لا تبطلها الشُروط الفَاسدَة، فبطل الشرط وصحَّت الإِقالة؛ وهذا على قِيَاس قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الإِقالة عندهما فسخ.

وأما على قياس قول أبي يوسف فتبطل الإقالة، والسَّلم على حاله إِلى أجله، لأن الإِقالة عنده بيع جديد، والبيع تبطله الشروط الفاسدة والله أعلم.

ومنها قبض البدلين في بيع الدّين وهو عقد الصّرف، والكَلاَم في الصّرف في الأصْل في موضعين:

أحدهما: في تفسير الصَّرف في عرف الشَّرع.

والثاني: في بيان شرائطه.

أما الأول: فالصَّرف[1] في مُتَعَارف الشَّرع اسم لبيع الأثْمَان المطلقة بعضها ببعض، وهو بيع الذَّهب بالذهب والفضَّة بالفضة وأحد الجِنْسين بالآخر، فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفاً لمعنى الردّ والنَّقل، يقال: صرفته عن كذا إِلى كذا سمي صرفاً؛ لاختصاصه برد البَدَل ونقله من يد إلى يدٍ، ويحتمل أن تكون التسمية لمعنى الفضل؛ إذ الصَّرف يذكر بمعنى الفضل؛ كما رُوِي في الحديث[2]: **«مَنْ فَعَلَ كَذَا، لَمْ يَقْبَلِ اللّهُ مِنْهُ صَرْفاً وَلاَ عَدْلاً»** فالصَّرف الفضل وهو النافلة، والعدل الفرض؛ سمِّي هذا العقد/ صرفاً لطلب التَّاجر الفَضْل منه عادةً، لما يرغب في عين الذَّهب والفضة. ٣/ ١١٠ب

فصل [في الشرائط]

وأما الشَّرائط: فمنها قبض **البدلين** قبل الافتراق؛ لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ في الحديث المشهور: **«وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ، والفِضَّةُ بالْفِضَّةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ»**.

وروي عن أبي سَعِيد الخدري؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ قَالَ: **«لاَ تَبِيعوا الوَرَقَ بِالوَرَقِ إِلاَّ**

---

(١) الصرف لغة: بمعنى الفضل والنقل، وإنما سمي بيع الأثمان صرفاً: إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد إلى يد في مجلس العقد.

انظر المغرب (١/ ٤٧٢) وارجع إلى الصحاح ٤/ ١٣٨٦ والطلبة ص (١١٣) والقاموس المحيط ٣/ ١٦٦ والتعريفات ص (٩٠) وشرح الحدود ص (٢٤١) والمصباح المنير ١/ ٥١٧ وما بعدها والمطلع ص (٢٣٩).

(٢) من أ: الخبر.

مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَلاَ تَشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَىٰ بَعْضٍ، وَلاَ تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئاً غَائِباً بِنَاجِزٍ»[١].

وروي عن عبد الله ابن سيدنا عمر عن أبيه ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمِثْل، ولا تبيعو الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الذهب بالوَرِق أحَدِهما غائب والآخر ناجز؛ وإن استنظرك حتى يلج بيته، فلا تنظره؛ إني أخاف عليكم الرماء أي الربا[٢]، فدلت هذه النُّصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتِراق، وتفسير الافتراق: هو أن يفترق العَاقِدان بأبدانهما عن مجلسهما، فيأخذ هذا في جِهَة وهذا في جهة، أو يذهب أحَدَهما ويبقى الآخر؛ حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه، لم يكونا مفترقين وإن طال مجلسهما؛ لانعدام الافتراق بأبدانهما؛ وكذا إذا ناما في المَجْلِس أو أُغمي عليهما لما قُلْنا؛ وكذا إذا قَامَا عن مجلسهما فَذَهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحد، ومَشيَا ميلاً أو أكثر، ولم يفارق أحدهما صَاحِبه ـ فليسا بمفترقين؛ لأن العبرة لتفرق الأبدان، ولم يوجد فرق بين هَذَا وبين خِيَار المخيرة إذا قامت عن مجلسها، أو اشتغلت بعمل آخر يخْرُج الأمر من يدها؛ لأن خيار المخيرة يبطل بالإعراض عما فوض إليها، والقيام عن المَجْلِس أو الاشْتِغَال بعمل آخر دليل الإعراض، وهنا لا عبرة بالإِعْرَاض إنما العبرة للافتِراق بالأبدان ولم يُوجد.

وروي عن محمَّد، أنه ألحق هذا بخيار المخيرة حتى لو نَامَ طويلاً، أو وجد ما يدل على الإعراض ـ يبطل الصرف كالخيار.

وروي عن محمد في رجل له على إنسان ألف درهم؛ وكَذَلك الرجل عليه خمسون

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠) كتاب البيوع: باب بيع الفضة بالفضة حديث (٢١٧٧) ومسلم (٣/ ١٢٠٨) كتاب المساقاة: باب الربا حديث (٧٥/ ١٥٨٤).
ومالك (٦٣٢ ـ ٦٣٣) كتاب البيوع: باب بيع الذهب بألف تبراً وعيناً حديث (٣٠) والنسائي (٧/ ٢٧٨ ـ ٢٧٩) كتاب البيوع: باب بيع الذهب والترمذي (٣/ ٥٤٣) كتاب البيوع: باب ما جاء في الصرف حديث (١٢٤١) وأحمد (٣/ ٤، ٥١، ٦١) وابن الجارود (٦٤٩) والطحاوي في «شرح معاني الأثار» (٤/ ٦٧) والبيهقي (٥/ ٢٧٦) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٢٤٤ ـ بتحقيقنا) من طرق عن نافع عن أبي سعيد قال: قال رسول الله ﷺ، لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا غائباً بناجز.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٤٩٣) كتاب البيوع: باب بيع الذهب بالفضة تمراً وعيناً، حديث (٣٤) من طريق نافع عن عبد الله بن عمر عنه أبيه موقوفاً وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ١١٦) كتاب البيوع، باب: الصرف، حديث (١٤٥٤٢). من طريق معمر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عن أبيه ـ رضي الله عنهما. . . فذكره بنحوه.
وأخرجه البيهقي (٥/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب: التقابض في المجلس في الصرف وماض معناه من بيع الطعام بعضه ببعض. من طريق عبد الله من دينار عن ابن عمر عن أبيه به.

ديناراً فأرسل إليه رَسُولاً، فقال: بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك عليّ، وقال: قبلت ـ فهو باطل؛ لأن حقُوق العَقْد لا تتعلّق بالرَّسُول بل بالمرسل، وهما مُفْتَرقان بأبدانهما.

وكذلك لو نَادَى أحدهما صَاحِبه من وراء جدار، أو ناداه من بعيدٍ ـ لم يجز؛ لأنهما مفْتَرقان بأبْدَانهما عند العَقْد، بخلاف البَيْع المطْلَق إذا أرسل رسولاً إلى إنسان، فقال: بعت عبدي الذي في مكانِ كذا منك بكذا، فقبل ذلك الرجل ـ فالبيع جائز؛ لأن التقابض في البيع المطلق ليس بشَرط لصحَّة العقد، ولا يكون الافتراق مفسداً له، ثم المعتبر افتراق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أو نائبين عنهما كالأب والوصيّ والوَكِيل؛ لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلّق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما.

ثم إنما يعتبر التفرق بالأَبْدَان في موْضِع يمكن اعتباره؛ فإن لم يمكن اعتباره، يعتبر المجلس دون التفرق بالأبدان؛ بأن قال الأب: اشهدوا أنّي اشتريت هذا الدِّينار من ابني الصغير بعشرة دراهم، ثم قام قبل أن يَزِن العشرة ـ فهو باطل؛ كذا روي عن محمَّد؛ لأن الأب هو العاقد، فلا يمكن اعتبار التّفرق بالأبدان، فيعتبر المَجْلس والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم بيع الجِنْس بالجنس وبخلاف الجنس؛ كالذهب بالفضَّة سواء لا يختلفان في حكم القبض؛ لأن كل ذلك صرف فيشترط فيه التّقابض؛ وإنما يختلفان في جواز التفاضل وعدمه، فلا يجوز التَّفاضُل عند اتّحاد الجنس؛ ويجوز عند الاختلاف، ولكن يجب التّقابض اتّحد الجنس أو اختلف؛ لما ذكرنا من الدلائل.

ولو تصارفا ذهباً بذهب أو فضَّة بفضة مثلاً بمثل، وتقابضا وتفرقا، ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً وقبل الآخر ـ فسد البيع وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: الزيادة والحطّ باطلان والعقد الأوا صحيح،، وعند محمد: الزيادة باطلةٌ والحط جائز/ بمنزلة الهبة المستقبلة، واختلافهم في هذه المسألة فرع اختلافهم في أصل ذكرناه فيما تقدم؛ وهو أن الشَّرط الفاسد المتأخّر عن العَقْد في الذكر إذا ألحق به، هل يلتحق به أم لا؟ فمن أصل أبي حنيفة فيه: أنه يلتحق بأصْل العقد ويفسد العقد؛ والزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد على أصل أصْحَابنا، **كأنَّ** العَقْدَ ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً، فيتحقّق التَّفاضل والجنس متحد، فيتحقق الربا، فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعَقْد، فيتأخر عنه فيلتحق به ويوجب فساده،، ومن أصل أبي يوسف ومحمد: أن الشرط الفاسد المتأخّر عن العقد لا يتلحق بالعقد، فطرد أبو يوسف هذا الأصل، وقال: تبطل الزّيادة والحطّ جميعاً، ويبقى البيع الأوَّل صحيحاً،، ومحمد فرَّق بين الزِّيادة والحط، وقال: الزيادة باطلة والحطّ جائز؛ لأن الزِّيادة لو صحّت لالتحقت بأصْل العقد فيوجب فساده، فبطَلَت الزِّيادة، وليس من شرط صحة الحطّ أن يلْتَحِق بالعقد.

٣/١١١أ

ألا ترى أنه لو حطّ جميع الثمن صحَّ ولا يلتحق؛ إذ لو التحق لكان البيع واقعاً بلا ثمن، فيجعل حطّاً للحال بمنزلة هبة مستأنفة؛ ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس، بأن تصارفا ديناراً بعشرة دراهم، زاد أحدهما صَاحِبَه درهماً وقبل الآخر، أو حط عنه درهماً من الدينار ـ جازت الزيادة في الحطّ بالإجماع؛ لأن المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا، واختلاف الجِنْس يمنع تحقُّق الربا، إلا أن في الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق، حتى لو افْتَرقا قبل القبض ـ بطل البيع في حصة الزيادة؛ لأن الزيادة لما التحقت بأصْل العقد، صار كأن العقد ورد على الزيادة والأصْل جميعاً، إلا أنه جَازَ التَّفاضل لاختلاف الجِنْس؛ فإذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق، بطل العقد بقَدْرها.

وأما الحط فجائز، سواء كان قبل التَّفرق أو بعده؛ لأن الحطَّ وإن كان يلتحق بأصْل العَقْد فيؤدي إلى التفاصل ـ لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز، ولا زيادة ههنا حتى يشْتَرط قبضها، فصح الحط ووجب عليه رد المحْطُوط؛ لأن الحط لما التحق بأصل العقد، تبين أن العَقْد لم يقع على قدر المحْطُوط من الابتداء، فيجب رده.

ولو حط مشتري الدينار قيراطاً منه، فبائع الدِّينار يكون شريكاً له في الدينار؛ لأنه تبين أن العقد وقع على ما سوى القيراط؛ ولو اشْتَرى سيفاً محلى بفضة، وحليته خمسون درهماً بمائة درهم، وتقابضا ثم زاده ديناراً في الثمن دفعه إليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه ـ يجوز؛ كذا روي عن محمد.

وتصرف الزيادة إلى **النصل والجفن والحمائل**؛ لأنها تلحق بأصل العقد، فصار كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً؛ ولو كان كَذَلك، لكان الأمر على ما وصفنا كذا هذا، بخلاف بيع المرابحة؛ فإنه يقسم على جَمِيع الثمن لما نذكر في مسائل المرابحة.

وسواء كان ديناً بدين وهو الدّراهم والدنانير، أو عيناً بعين وهو التّبر والمصوغ، أو ديناً بعين وهو الدرهم والدّنانير بالتبر والمصوغ؛ لأن ما ذَكَرْنا من الدَّلائل لا يوجب الفَصْل بين الدّين والعين، وسواء كان مفرداً أو مجموعاً من غيره؛ كما إذا باع ذهباً وثوباً بفضة مفردة؛ لأن الفضة تنقسم على الذهب والثوب، فما قابل الذهب يكون صرفاً، فيشترط فيهما القبض؛ وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً، فلا يشترط فيه القبض.

وكذا إذا باع ذهباً وثوباً بذهب، والذهب [الثمن][1] أكثر حتى جاز البيع؛ أنه في حصة الذهب يكون صرفاً، وفي حصة الثوب يكون بيعاً مطلقاً.

---

(١) سقط من ط.

وكذا إذا باع سيفاً محلى بالفضة مفردة، أو **منطقة**[١] مفضضة، أو لجاماً أو سرجاً أو سكيناً مفضضة، أو جارية في[٢] عنقها طوق فضة؛ بفضة مفردة، والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع ـ كان بحصة الفضَّة صرفاً، ويراعي فيه شرائط الصَّرف، وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعاً مطلقاً، فلا يشترط له ما يشترط للصرف؛ فإنْ وجد التقابض/ وهو القَبْض من الجانبين قبل التفرق بالأبدان ـ تم الصرف والبيع جميعاً؛ وإن لم يوجد أو وجد القَبْض من أحد الجانبين دون الآخر ـ بطل الصرف؛ لوجود الافتراق من غير قبض، وهل يبْطُل البيع المطلق؟ ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتَخْليصها من غير ضَرَر؛ كالجارية مع الطوق وغير ذلك ـ فالبيع جائز، وفساد الصّرف لا يتعدى إلى البَيْع؛ لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضَررٍ جاز؛ لأنهما شيئان منفصلان؛ ولذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء؛ فلأن يبقى جائز انتهاء أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

٣/١١١ب

وإن كان لا يمكن فَصْلها وتخليصها إلا بضرر ـ بطل البيع أيضاً؛ لأنه بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضَرَر، وأنه لا يجوز ابتداء؛ كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك، فكذا في حالة البقاء؛ فإذا بَطَل العقد في قدْر الصَّرف، يبطل في البيع أيضاً، والله عز وجل أعلم.

هذا إذا انْعَقد العقد على الصحة، ثم فسد في قدر الصَّرف بطَريَان المفسد عليه وهو الافتراق من غير تَقَابُض، فأما إذا انعقد على الفَسَاد من الابتداء؛ بأن شرطا الخيار أو أدخلا الأجل فيه ـ لم يصح الصّرف بالإجماع، وهل يصحُّ البيع المطلق؟ اختلف فيه، قال أبو حَنِيفة: لا يصحُّ، سواء كان يتخلص من غير ضرر أو لا يتخلص إلا بضرر، وقال أبو يوسُف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: هذا الأول، سواء إن كان يتخلص من غير ضرر يصح، وإن كان لا يتخلص إلا بضَرَرٍ لا يصح.

وكذا إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئةً، ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس ـ فسد الصّرف في الكل عنده، وعندهما: يصحُّ بقدر ما قبض؛ وهذا بناء على أصل مختلف بينهم، وهو أن الصَّفقة إذا اشْتَملت على الصَّحيح والفاسد، يتعدى الفساد إلى الكُلِّ عنده، وعندهما: لا يتعدى، فهما سويّاً بين الفساد الطارئ والمقارن؛ وأبو حنيفة فرق بينهما.

ووجه الفرق ما ذكرنا من قبل: أن الفساد إذا كان مقارناً، يصير قبول العقد في الفاسد شَرْط قبول العقد في الآخر، وهذا شرط فاسدٌ فيؤثر في الكل، ولم يوجد هذا المعنى في الطَّارئ، فاقتصر الفَسَاد فيه على قدر المفسد، ثم إذا كانت الفضة المفردة فيه أكثر ولم يوجَد

---

(١) منطقة: ما يشد به الوَسَطُ. المعجم الوسيط(نطق)

(٢) في ط: على.

فيه شَرْط الخيار ولا الأجل، حتى جاز العقد، ثم نقد قَدْر الفضة المجموعة من المُفْردة دون غيرها، وتفرقا عن قبض من الجانبين؛ بأن باع سيفَ محلًّى بمائة درهم وحليته خمسون، فنقده المشتري خمسين ـ فالقدر المنقود من الفضَّة المفردة يقع عن الصَّرف حتى لا يبطل بالافْتراق، أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض، فهذا لا يخلو من خَمْسة أوجه: إما أن ذكر أن المنقود من ثَمَن الحلْيَة، وإما أن ذكر أنه من ثَمَن الجفن والنصل؛ وإما أن ذكر أنه من ثمنهما جميعاً؛ وإما أن ذكر أنه من ثمن السيف؛ وإما أن سكت ولم يَذْكر شيئاً؛ فإن ذكر أنه من ثمن الحِلْية يقع عنها، ويجوز الصَّرف والبيع جميعاً، وهذا ظاهرٌ.

وكذا إذا ذكر أنه من ثمنهما؛ فإنه يقع عن الحلية أيضاً، وجاز البيع والصرف؛ لأن قبض التصرُّف مستحق حقاً للشرع، وقبض البَيْع ليس بمستحق، فيصرف إلى جهة الاستحقاق، ويمكن إيقاع المنقود كله عن هذه الجهة وإن أضافه إليهما؛ لأن ذكر شيئين على إرادة أحدهما جائزٌ في اللغة؛ قال الله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ﴾ [سورة الرحمٰن، ٢٢] وإنما يخرج من أحدهما وهو المَالِح؛ وكذا إذا لم يذكر شيئاً يقع عن الصرف؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصِّحة والسداد ما أمكن، وذلك فيما قلنا؛ لأن قبض حصة الحلية مستحق، فعند الإِطْلاَق يصرف إلى جهة الاستحقاق.

وكذا إذا ذكر أنه من ثمن السَّيف يقع عن الحلية؛ لأن الحلية تدخل في اسم السيف؛ وإن ذكر أنه من ثمن الجفن والنَّصل، ينظر: إن أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذْكور، ويبطل الصَّرف بالافتراق قبل القبض؛ لأنه قصد جَوَاز البيع وصرف بفساد الصرف؛ وإذا أمكن تخليصها من غير ضرر، أمكن القَوْل بجواز البيع مع فساد الصَّرف.

ألا ترى أنه يجوز بيع السَّيف/ بانفراده، فيجوز البيع ويبطل الصرف؛ وإن لم يمكن تخليصها إلا بضرر، فالمنقود يقع عن ثمن الصَّرف، ويجوز البيع والصرف جميعاً؛ لأنه قصد جواز البيع، ولا يجوز إلا بجواز الصَّرف؛ لأَن بيع السيف بدون الحلية لا يجوز إذا لم يمكن تَخْليصها من غير ضرر؛ فإن أمكن تَخْلِيصها من غير ضرر، فيجوزان جميعاً والله عز وجل أعلم. ٣/ ١١٢أ

وكذلك في السَّيف المحلى إذا لم يكن في جِنْس الحلية؛ فإن كانت حلية السيف ذهباً اشتراه مع حليته بفضة مفردة ـ فحكمه وحكم الجنس سواء في جميع ما وصفنا؛ لأنهما في حكم القبض وما يتعلَّق به لا يخْتَلِفان، وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف.

وعلى هذا يخرج الإِبراء عن بدل الصَّرف وهبته ممن عليه، والتصدق به عليه؛ أنه لا يصح بدون قبوله؛ وإن قبل انتقض الصرف، وإن لم يقبل لم يصح، ويبقى الصرف على حاله؛

لأَن قبض البدل مستحقّ، والإِبراء عن الدين إِسقاطه، والدين بعد ما سقط لا يتصور قبضه، فكان الإِبْرَاء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور قبضه، فكان في معنى الفسخ، فلا يصح إِلا بتراضيهما كصَريح الفسخ؛ وإِذا لم يصح، بقي عقد الصرف على حاله، فيتم بالتقابض قبل الافتراق بأبدانهما، ولو أبى[1] المبرئ أو الواهب أو المتصدّق أن يأخذ ما أبرأ أو وَهَبه أو تصدق ـ يجبر على القبض؛ لأنه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد، وأحد العَاقِدين لا ينفرد بالفسخ.

وعلى هذا يخرج الاستبدال ببدل الصَّرف أنه لا يجُوز، والصَّرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق، ويتم العقد؛ لأن قَبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة، وبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة؛ لأنه يقبض بدَله وبدله غيره.

وقال زفر: إِن الاسْتِبْدَال جائز؛ لأن الشّراء لا يقع بعين ما في الذمة؛ لأن ما في الذمة من الدَّراهم لا يحتمل التعيين بلا خلاف، فكان مشترياً بمثل ما في الذمة، فيجب لمن عليه الدَّين في ذمَّة المشتري دَرَاهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة، فلا يفوت قبض البَدَل بالاسْتِبْدَال، بل يصير قابضاً بطريق المعاوضة[2]، فيصح الاستبدال.

والجواب عنه: أن الدراهم والدَّنانير وإِن كانت لا تتعين بالعقد، ولكنها تتعين بالقبض، وقبضها واجب وبالمقاصة يفوت القَبْض حقيقة، فلم تصح المقاصة، فبقي الشراء بها إِسقاطاً للقبض المستحق حقاً للشرع، فلا يصحُ الشراء، وبقي الصرف صحيحاً موقوفاً بقاؤه على الصحة على القبض قبل الافتراق، وإِن أعطاه صاحبه دراهم أجود أو أردأ مع حَقه فرضي به [وقبض][3] والمقْبُوض مما يجري مجرى الدراهم الواجبة بالعقد في [المعاوضات بين الناس][4] جاز؛ لأن المقبوض من جنسه أصلاً، وإِنما يخالفه في الوصف؛ فإِذا رضي به، فقد أسقط حقه، فكان استيفاء لا استبدالاً، وتجوز الحَوَالة ببدل الصَّرف إِذا كان المحْتَال عليه حاضراً.

وكذلك الكَفَالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله؛ فإِن قبض من المحتال عليه أو من الكفيل، أو هلك الرَّهن في يد المرتَهن في المجلس ـ فالصَّرف ماض على الصّحة؛ وإِن افترق المتصارفان قبل القبض وهَلَك الرهن ـ بطل الصرف، وعند زفر: لا تجوز الحوالة والكفالة ببدل الصَّرف، وقد مرت المسألة في السلم، والعبرة لبقاء للعَاقِدين في المَجْلِس وافتراقهما عنه، لا لبقاء المحال عليه، والكفيل وافتراقهما؛ لما ذكرنا أن القبض من حُقُوق العقد، فيتعلق

---

(١) في أ: أراد.
(٢) في أ: المقاصة.
(٣) سقط من ط.
(٤) في أ: معاملات الناس.

بالعَاقِدِين فيعتبر مجلسهما؛ وكذلك لو وكّل كل واحِد من العاقدين رجلاً أن ينقد عنه ـ يعتبر مجلس الموكّلين بقاء وافتراقاً لا مجلس الوَكِيل، لما قلنا، والله سبحانه وتعَالى أعلم.

وعلى هذا تخرج المقاصّة في ثمن الصَّرف، إذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف ـ أنه لا يصير قِصاصاً ببدل الصَّرف، وإن تراضيا بذلك، وقد ذكرنا[1] جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السَّلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا قَبَض بدل الصَّرف، ثم انتقض بدل الصَّرف، ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه ـ أنه يبطل الصّرف، وقد مرّ الكلام فيه جملة وتفصيلاً في السّلم، ثم قبض [بدل][2] الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة، فقبضهما/ في ٣/ ١١٢ب مَجْلِس الإقالة شرط بَقَاء الإقالة على الصِّحة أيضاً؛ حتى لو تقايلا الصَّرف وتقابضا قبل الافتراق ـ مضت الإقالة على الصّحة، وإن افترقا قبل التقابض، بطلت الإقَالة.

أما على أصل أبي يوسف فظَاهر؛ لأنَّ الإقالة على أصْله بيع جديدٌ، فكانت مصارفة مبتدأة، فلا بد من التَّقابض [في المجلس][3].

وعلى أصلهما: إن كانت فَسْخاً في حق المتعاقدين، فهي بيع جديد في حق ثالث واستحقاق القبض حق للشَّرع ههنا ثَالِث، فيعتبر بيعاً جديداً في حق هذا الحكم، فيشترط فيه التقابض بخلاف السَّلم؛ فإنَّ قَبْض رأس مال السلم في مجلس الإقالة ليس بشرط لصحة الإقالة، وقد ذكرنا وَجْه الفَرْق بينهما فيما تقدم.

ولو وجد ببَدل الصَّرف عيباً وهو عين؛ كما إذا اشْتَرى قلب فضة بذهب فردَّه، ثمَّ افترقا قبل قَبْض الثمن؛ إن رده عليه بقضاء القاضي، فالرد صحيح على حاله؛ وإن كان بغير قضاء القاضي، فلا ينبغي أن يفَارِقه حتى يقْبض الثمن؛ لأن القبض بغير قضاء يكون فسخاً في حق الكل، ورفعاً للعقد عن الأصْل كأنه لم يكن، وإعادة المالك إلى قديم ملكه كأنه لم يزل عن ملكه، فلا حاجة إلى القَبْض، والرد بغير قضاء يكون فسخاً في حق المتَعَاقدين، بيعاً جديداً في حق ثالث، وحق الشَّرع وهو القبض يعتبر ثالثاً فيجعل بيعاً جديداً في حق هذا الحكم، وأما التَّقابض في بيع المطعوم بالمطْعُوم بجنسه أو بغير جنسه؛ بأن باع قفيز حِنْطَة بقفيز حنطة أو بقفيز شعير، وعيّنا البدلين بالإشَارة إليهما فهل هو شرط؟ اختلف فيه: قال أصحابنا: ليس بشرط.

---

(١) في أ: ذكر.

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ: شَرْط؛ حتى لو افْتَرقا من غير قَبْض عندنا: يثبت الملك، وعنده: لا يثبت ما لم يتقابَضَا في المجلس.

احتج بقوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ في الحَدِيثِ الْمَشْهور: «**الحِنْطَةُ بالحِنْطَة مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ**» وبقوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**لاَ تَبِيعُو الطَّعامَ بِالطَّعام إلاَّ سَوَاءَ بِسَوَاءٍ يَداً بِيَدٍ**» ولأن الافْتراق من غير تقابض في بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عنَ الرّبا؛ لجواز أن يقبض أحد المُتَعَاقدين دون الآخر، فيتحقق الربا؛ لأن للمقْبُوض فضلاً على غير المقْبُوض، فأشبه فضل الحُلُول على الأجل، وإنما يقع التحرُّز عنه بوجُوب التَّقابض؛ ولهذا صار شرطاً في الصَّرف؛ كذا هذا.

ولنا: عمومات البيع من نحو قوله عز وجل: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُم﴾ [سورة النساء، ٢٩] وقوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة، ٢٧٥] وغير ذلك نهى عن الأَكْل بدون التجارة عن تراض، واستثنى التجارة عن تراضٍ؛ فيدل على إِبَاحَة الأَكْل في التجارة عن تراض من غير شَرْط القبض، وذلك دليل ثبوت الملك بدُون التقابض؛ لأن أكل مال الغير ليس بمباحٍ.

وأما الحديث فظاهر قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمِ ـ: «**يَداً بِيَدٍ**» غَيْرُ مَعْمُولٍ بِهِ؛ لأن اليد بمعنى الجارحة ليس بمُرَاد بالإِجماع، فلأن حَملها علىَ القبض لأنها آلة القبض ـ فنحن نحملها على التعيين؛ لأنها آلة التعيين؛ لأن الإِشارة باليد سبب التعيين.

وعندنا: التَّعيين شرط فسقط احتجاجه بالحَدِيث بحمد الله تعالى، على أن الحمل على ما قلنا أَولى؛ لأن فيه توفيقاً بين الكِتَاب والسنة.

وهكذا نقول في الصَّرف: أن الشّرط هناك هو التَّعيين لا نفس القبض، إلا أنه قام الدليل عندنا أن الدراهم والدنانير لا تتعيَّن بالتَّعيين، وإنما تتعين بالقبض، فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض، وههنا التعيين حاصل من غير تقابضٍ، فلا يشترط التَّقابض، والله عَزَّ وجَلَّ أعلم.

وقوله: [المقبوض خير من غير المقبوض][(١)] فيتحقَّق الربا، قلنا: هذا إِنَّما يستقيم أن لو قلنا بوجوب تَسْلِيم أحدهما دون الآخر، وليس كذلك.

ومنها: أن يكون خالياً عن شرط الخيار؛ فإن شرط الخيار فيه لهما أو لأحدهما، فسد الصَّرف؛ لأن القَبْض في هذا العَقْد شرط بقائه على الصّحة، وخيار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحُكْم، فيمنع صحة القبض؛ ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق، ثم افترقا عن

---

(١) في أ: المقبوض جزء من عين المقبوض.

تَقَابض ـ ينقلب إلى الجواز عندنا، خلافاً لزفر؛ ولو لم يبطل حتى افترقا تقدر الفساد، وقد ذكرنا جِنس هذه المسائل/ بدلائلها فيما تقدم. ٣/ ١١٣

ومنها: أن يكون خالياً عن الأَجل لهما أو لأحدهما؛ فإن شرطاه لهما أو لأحدهما، فسد الصرف؛ لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق، والأجل يعدم القبض فيفسد العقد؛ فإن أبطل صَاحِب الأَجل أجله قبل الافتراق، فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ـ ينقلب جائزاً عندنا، خلافاً لزفر، وهاتان الشريطتان على الحقيقة فريعتان لشريطة القبض، إلا أن إحداهما تؤثر في نفس القبض والأخرى في صحته على ما بيَّنَّا.

وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان في هذا العَقْد؛ لأنهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض؛ لأن خيار الرؤية يثبت في العَيْن وهو التبر والنقرة والمصوغ، ولا يثبت في الدَّين وهو الدَّراهم والدَّنانير المضروبة؛ لأنه لا فائدة في الرد؛ إذ العقد لا ينفسخ بالرد؛ لأنه ما ورد على عين المرْدُود، وقيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بمثله؛ فإذا قبض يرده فيطالبه بآخر، هكذا إلى ما لا يتناهى.

وكذا خِيَار الرؤية؛ لأَنه لا يثبت في سائر [الديون في سائر][1] العقود لما قلنا، بخلاف ما إذا كان ثمن الصرف عيناً؛ لأن هناك ينفَسخ العقد بالردّ، فلا يملك المطَالَبة بعين أخرى، فكان الردّ مفيداً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما خيار العَيْب فيثبت في الوَجْهين جميعاً؛ لأن السلامة عن العيب مطلوبة عادة، ففواتها يوجب الخيار كما في سائر البِيَاعات، إلا أن بدل الصَّرف إذا كان عيناً فرده بالعيب يفسخ العقد، سواء ردّه في المَجْلِس أو بعد الافتِراق، ويرجع على البائع بما نقد؛ وإن كان ديناً بأن وَجَدَ الدَّراهم المقبوضة زيوفاً أو كاسدة، أو وجدها رائجة في بعض التِّجارات دُون البَعْض، وذلك عيب عند التُّجَّار، فردّها في المجلس ـ [لا][2] ينفسخ العقد بالرد، حتى لو اسْتَبْدَل مكانه مضي الصَّرف؛ وإن ردها بعد الافتراق، بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر؛ حصُول الافتراق لا عن قبض، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يبطل إذا استبدل في مجلس الردّ على ما ذكرنا في السلم، وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضاً؛ ولأنه لا يمنع صحة القبض على تقدير الإجازة، واحتمال الإجازة قائم، فلا يبطل العقد المنْعَقِد ظاهراً بالشك.

ثم إذا استحق أحد بدلي الصرف بعد الافتراق؛ فإن كان أجاز المستحق والبدل قائم، أو ضمن الناقد وهو هالك ـ جاز الصرف؛ لأنه إذا كان قائماً كان بمحل الإِجازة، والإجازة

---

(١) سقط من ط. (٢) سقط من ط.

اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة؛ وإذا كان هالكاً وضمن الناقد [فقد ملك الناقد][(١)] المضمون بالضمان فتبين أنه سلم ملك نفسه، وإن استردَّه وهو قائم، أو ضمن القابض قيمته وهو هالك - بطل الصَّرف؛ لأنه نقض قَبْضه أو تبين أنه لم يصح، بخلاف الأول؛ لأنه سلم له القبض فجاز الصّرف، والله أعلم.

ومنها: أن يكون الثمن الأوَّل معلوماً في بيع **المرابحة والتولية والإشراك** والوضيعة، والأصل في هذه العقود عمُومات البيع من غير فصل بين بيع وبيع، وقال الله عز شأنه: ﴿وَٱبْتَغُوا مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [سورة الجمعة، ١٠] وقال عز وجل: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [سورة البقرة، ١٩٨] والمرابحة ابتغاء للفَضْل من البيع نصاً.

وروي أنَّ رسول الله ﷺ لَمَّا أَرَادَ الهِجْرَةَ، ٱشْتَرَى سَيِّدُنَا أَبُو بَكْر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَعِيرَيْن، فقال لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ -: **«وَلي أَحَدُهُمَا»**. فَقَالَ سَيِّدُنَا أَبُو بَكْر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: **«هُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ»**، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ -: **«أَمَّا بِغَيْرِ ثَمَن فَلَا»**[(٢)] فدل طلب التولية[(٣)] على جوازها.

---

(١) سقط من ط.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣١)، وقال: غريب وقال الحافظ في «الدارية» (٢/ ١٥٤): لم أجده وفي الصحيح ما يخالفه.
قلت: أخرجه البخاري (٧/ ٦٣٨) كتاب مناقب الأنصار، باب: هجرة النبي - ﷺ - إلى المدينة، حديث (٣٩٠٥). وفيه أن أبا بكر هو الذي قال للنبي - ﷺ - فخذ بأبي أنت يا رسول الله - ﷺ - إحدى راحلتي هاتين. قال رسول الله - ﷺ - بالثمن».
وذلك في حديث عائشة الطويل من حديث الهجرة وأصله في (٢/ ١٤٠ - ١٤١) كتاب الصلاة باب: المسجد يكون في الطريق من غير ضرر بالناس، حديث (٤٧٦). وأطرافه في (٢١٣٨، ٢٢٦٣، ٢٢٦٤، ٢٢٩٧، ٣٩٠٥، ٤٠٩٣، ٥٨٠٧، ٦٠٧٩).
والحديث بنحو حديث البخاري أخرجه أحمد (٦/ ١٩٨). والحكم رواه أيضاً عن ميمون بن شبيب عن علي فذكر الحديث بنحوه مرفوعاً.
أخرجه ابن ماجة (٢/ ٧٥٦) كتاب التجارات، باب: النهي عن التفريق بين السبي، حديث (٢٢٤٩) والدارقطني (٣/ ٦٦).
وميمون هذا صدوق كثير الإرسال، كذا قال الحافظ في التقريب
وذكره ابن حبان في الثقات
وقال أبو حاتم: صالح الحديث
وقال عمرو بن علي: ولم أخبر أن أحداً يزعم أنه سمع من أصحاب النبي - ﷺ -.
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٨): صحح ابن القطان رواية الحكم هذه، لكنه حكى ابن أبي حاتم عن أبيه في العلل بعد حكاية الخلاف فيه، لا يمنع أن يكون الحكم سمعه من عبد الرحمن ومن ميمون، فحدث به مرة عن هذا ومرة عن هذا.

(٣) وبيعُ التولية هو نقلُ ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول بدون زيادة ربح. فكأن البائع قد ولى المشتري العقد الأول. =

وروي أن سيدنا أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ اشْتَرى بلالاً فأعتقه، فقال له رسول الله ـ ﷺ ـ: «**الشَّرِكَةُ يَا أَبَا بَكْرٍ**»، فقال: يا رسول الله قد أعْتَقته[1]، لو لم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله ـ ﷺ ـ؛ وكذا النَّاس توارثوا هذه البِيَاعات في سائر الأَعْصَار من غير نكير، وذلك إجماع على جوازها.

ثم الكلام في المرابَحَة في مواضع: في تفسير بيع المرابحة.

وفي بيان شرائطه.

وفي بيان رأس المال أنه ما هو.

وفي بيان ما يلحق برأس المَالِ وما لا يلحق به،/ . ٣/١١٣ب

وفي بيان ما يجب بَيَانه عند المرابَحَة ممَّا ترك بيانه يكون خيانة، وما لا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة.

وفي بيان حُكْم الخيانة إذا ظَهَرت.

أما تفسيره: فقد ذكرناه في أول الكِتَاب، وهو أنه بيع بمِثْل الثمن الأول[2] مع زيادة ربح.

---

(١) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٣/ ١٧٥) من طريق عارم بن الفضل قال أخبرنا حماد بن زيد، عن أيوب السختياني عن محمد أن بلالاً أخذه أهله فمطوه وألقوا عليه من البطحاء وجلد بقرة فجعلوا يقولون ربك اللات والعزى، ويقول أحد أحد، قال: فأتى عليه أبو بكر فقال: علام تعذبون هذا الإنسان؟ قال: فاشتراه بسبع أواق فأنقه، فذكر ذلك للنبي ـ ﷺ ـ فقال: الشركة يا أبا بكر، فقال قد أعتقته يا رسول الله ـ ﷺ ـ وهو حديث مرسل.

(٢) المرابحة مفاعلة من الربح، وهي تستلزم المشاركة من الجانبين في المعنى، ولكنها هنا ليست على بابها؛ لأن الذي يربح إنما هو البائع.

وقيل: هي بمعنى الإرباح كالمسافرة بمعنى السفر، وهي في اصطلاح الفقهاء نقل ما ملكه بالنقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح، سواء كان هذا الربح مقسطاً على الثمن باعتبار الأجزاء كربح واحد لكل عشرة من الثمن، أو كان جملة معلومة زائدة على الثمن الأصلي، كأن يقول: بعتك بما اشتريت مع ربح عشرة مثلاً.

ويشترط فيها شروط البيع في الجملة، لأنها ليست سوى نوع منه، وفيها تفضيل يطول، لا سيما على مذهب المالكية، وبيع المرابحة جائز شرعاً، لأن شرائط الجواز التي لا بد منها في البيع متوفرة فيها، فتكون جلالاً بموجب قوله تعالى: ﴿وأَحَلَّ الله الْبَيَعَ﴾. وأيضاً الحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيوع، لأن المشتري قد لا يحسن المبايعة، فيحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي، فتطيب نفسه بالشراء منه بمثل ما اشترى مع زيادة ربح.

وهذا مذهب الجماهير من العلماء لم يخالف فيه إلا الظاهرية، فإنهم يرون بطلان بيع =

وأما شرائطه: فمنها ما ذكرنا؛ وهو أن يكُون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة رِبح، والعلم بالثمن الأول شرط صحّة البياعات كلها؛ لما ذكرنا فيما تقدم؛ فإن لم يكن معلوماً له، فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس، فيختار إن شاء فيجوز، أو يترك فَيَبْطُل.

أما الفساد للحال: فلجهالة الثمن؛ لأَن الثمن للحال مَجْهول.

وأما الخيار فللخلل في الرِّضا؛ لأن الإنسان قد يرضى بشراء شيء بثمن يسير، ولا يرضى بشرائه بثمن كثير، فلا يتكامل الرِّضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن، فإذا لم يعرف اختل رضاه، واختلال الرضا يوجب الخِيَار، ولو لم يعلم حتى افترقا عن المجلس، بطل العقد لتقرر الفساد، وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا [النوع منه][1] البيع؛ كبيع الشيء برقْمه ونحو ذلك، في بعضها أنه فساد، وفي بَعْضِها أنه موقوف على الإجازة والاختيار إذا علم.

= المرابحة؛ لأنها ـ أولاً ـ: تعتمد شرطاً ليس في كتاب الله، ولا في سنة رسوله ـ ﷺ ـ
وثانياً ـ: فيها غرر لجهالة الثمن حين العقد، وهي مفسدة للبيع.
وثالثاً ـ: ورد فيها آثار عن الصحابة تفيد حرمتها.
وجوابنا عن الدليل الأول بادعاء أنها وردت في كتاب الله؛ لأنها بيع والله ـ تعالى ـ أصل البيع.
وعن الدليل الثاني بأن كل من قال بجواز بيع المرابحة شرط في صحتها أن يكون المشتري عالماً بالثمن الأول وقت العقد، وبإضافة الربح إليه يكون الثمن معلوماً لهما وقت العقد، أو مآل العلم بدون ما شحناء أو ضراء؛ لأن الربح معلوم لهما، وأساسه معلوم كذلك.
وعن الدليل الثالث: بأن النقل عن الصحابة الذين نقلوا عنهم مضطرب، ولو صح فقد نقل عن غيرهم ما يخالفه.
وحيث ثَبَتَ أن بيع المرابحة صحيح، فهل إن كذب البائع، فزاد في الثمن الذي اشترى هو به يكون للمشتري الخيار أم لا.
قال مالك، وأبو حنيفة ومحمد: للمشتري الخيار بين الرد، وبين الإمساك بجملة الثمن لا ينقص منه شيء، كالعيب في المبيع؛ لأنه يظهر به أن المبيع دون الثمن.
وقال الشافعي، وأبو يوسف: لا خيار له، ولكن تحط عن الزيادة، وما قابلها من الربح؛ لأن المرابحة تمليك باعتماد الثمن الأول، فتسقط الزيادة مع لزوم البيع، وبهذا فارقت العيب؛ لأن البيع فيه غير معتمد على غيره. وقال أحمد: للمشتري الإمساك مع حط الزيادة ومقابلها من الربح، كَمَالَهُ الإمساك في العيب، والمطالبة بنقصان الثمن، ثم بعد الحط، هل يكون بالخيار بين الرد، وبين الإمساك بصافي الثمن أم لا يكون بالخيار؟ روايتان:
وجه الأولى: أنه قد يكون له غرض في الشراء بالثمن الذي اتفقا عليه ليمين مثلاً، أو لأنه لا يأمن الزيادة كرة أخرى؛ لثبوت خيانته.
ووجه الثانية: أنه إذا رضي بالثمن الأعلى، فبالثمن الأدنى من باب أولى.
ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

(١) سقط من ط.

وكذلك التولية والإشراك والوضيعة[1] في اعتبار هذا الشرط والمرابحة سواء؛ لأن التولية بيع بمثل الثمن[2] الأول، فلا بد أن يكون الثمن الأول معلوماً والإشراك تولية، لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والعِلْم بالثمن كله شرط صحّة البيع، والوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نُقْصَان شيء معلومٍ منه، فلا بد وأن يكون الثمن الأول معلوماً؛ ليعلَم قدر النُّقصان منه.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى رجُلان جملة مما له مثل فاقتسماها، ثم أراد كل واحد منهما أن يبيع حصّته مرابحة - أنه يجوز؛ لأن القِسْمة وإن كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة، لكن معنى المبَادلة في قِسمة المتماثلات ساقط شرعاً؛ بل بعد القسمة فيها تمييزاً للنَّصيب وإفرازاً محضاً؛ وإذا كان كذلك، فما يصل إلى كل واحد منهما كأنه عين ما كان له قبل القِسْمة، فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مرابحةً قبل القسمة؛ كذا بعدها.

وإن اشتريا جملة مما لا مثل له فَاقْتَسماه، لا يجوز لأحدهما أن يبيع حصَّته مرابحةً؛ لأن معنى المبادلة في قسمة هذا النَّوع معتبرة؛ إذا الأصل اعتبار الحقيقة، فكان ما يصيب كل وَاحِدِ منهما بالقِسْمَة نصف[3] ملكه، ونصفه بدل ملكه؛ كأنه اشتراه به، فلا يجوز بيعه مرابحة؛ كما إذا اشْتَرى عرضاً بعرض ثم أراد أن يبيعه مرابحة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين متفقين من جِنْس واحدٍ ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد، حتى جاز السلم بالإجماع، ولم يبين حصَّة كل واحد منهما من رأس المال فحلّ الأجل - له أن يبيعهما جميعاً مرابحة على العَشرة بلا خِلاَف؛ فإ باع أحدهما مرابحة على خمسة، لم يجز عِنْد أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز.

ولو كان بين حصة كل واحد من الثَّوبين من رَأْس المال، جاز أن يبيع أحدهما مرابحةً على خمسة بالإجماع وجه قولهما[4] أن المقبوض هو المسلم فيه، والملك في المسلم فيه يثبت بعقد السلم، وعقد السلم أوجب انقسام الثمن، وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء؛ لاتفاقهما في الجنس والنوع والصِّفة والقَدْر، فكانت حصة كل واحد منهما معلومةً، فتجوز المرابحة عليهما؛ كما إذا أسلم عشرة دَرَاهم في كُرْي حنطة، فحلّ السلم وقبضهما، ثم باع أحدهما مرابحة.

ولأبي حنيفة: أن المقْبُوض ليس عين المسلم فيه؛ لأن المسلم فيه دَيْن حقيقة، وقبض الدين لا يتصور، فلم يكن المقبوض مملوكاً بعقد السلم، بل بالقبض، فكان القبض بمنزلة إنشاء القعد؛ كأنه اشتراهما جميعاً ابتداء، ولم يبين حصَّة كل واحد منهما، ثم أراد أن يبيع

---

(١) وهي التي بنقصان من الثمن السابق. (٢) في أ: المثل.
(٣) في ط: نصفه. (٤) في ط: لهما.

أحدهما مرابحةً، وذلك لا يجوز فيما لا مثل له، ويجوز فيما له مثل على ما ذكرنا؛ كذا هذا.

١١٤أ ومنها: أن يكون الرِّبح معلوماً؛ لأنه بعض الثمن، والعلم بالثَّمن شرط صحة البياعات/ .

ومنها أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال، وهو شرط جواز المرابحة على الإطلاق، وكذلك التولية.

وبيان ذلك: أن رأس المال لا يخلو: إما أن يكون ممَّا له مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات[1] المتَقَاربة، وإما أن يكون ممَّا لا مثل له من الذَّرعيات والمعدودات المتفاوتة؛ فإن كَانَ مما له مثل، يجوز بيعه مرابحةً على الثمن الأول وتولية مطلقاً، سواء باعه من بائعه أو من غيره، وسواءٌ جعل الربح من جنس رأس المال في المرابحة أو من خِلاف جنسه، بعد أن كان الثمن الأول معلوماً والربح معلوماً.

وإن كان مما لا مِثْل له من العروض لا يجُوز بيعه مرابحة، ولا تولية ممن ليس ذلك العرض في مِلْكه؛ لأن المرابحةَ بيع بمثل الثمن الأوّل وكذلك التولية؛ فإذا لم يكن الثَّمن الأول مثل جنسه، فإما أن يقع البَيْع على غير ذلك العرض، وإما أن يقع على قِيمَته وعينه ليس في ملكه، وقيمته مجهولة تعرف بالحَزَر والظن، لاختلاف أهل التقويم فيها، ويجوز بَيْعه تولية ممَّن العرض في ملكه ويده. وأما بيعه مرابحة ممَّن العرض في مِلْكه ويده، فينظر إن جعل الربح شيئاً مفرداً عن رأس المال معلوماً كالدراهم وَثَوْب معين ونحو ذلك ـ جاز؛ لأن الثمن الأول معلوم والربح معلوم.

وإن جعل الربح جزءاً من رأس المال؛ بأن قال: بعتك الثمن الأول بربح **ده يازده** لا يجوز؛ لأنه جعل الربح جزءًا من العرض، والعرض ليس متماثل الأجزاء، وإنما يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة؛ لأن معرفتها بالحزر والظن.

وأما بيعه مواضعة ممَّن العرض في يده ومِلْكِه، فالجواب فيها على العكس من المرابحة، وهو أنه إن جعل الوضيعة[2] شيئاً مفرداً عن رأس المال معلوماً كالدراهم ونحوه ـ لا يجوز؛ لأنه يحتاج إلى وضع ذلك القدر عن رَأس المال وهو مجهول؛ وإن جعلها من جنس رأس المال؛ بأن باعه بوَضْع **ده يازده** ـ جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا من رأس المال؛ لأنَّ الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم.

ومنها: ألاَّ يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا؛ فإن كان بأن

(١) في ط: والعدديات.

(٢) في أ: الوصية.

اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل ـ لم يجز له أن يبيعه مرابحة؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، والزِّيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً، وكذا لا يجُوز بيعه مواضعة لما قلنا، وله أن يبيعه توليةً؛ لأن المانع هو تحقيق الربا ولم يوجَد في التولية؛ ولأنه بيع بالثمن الأول من غير زِيَادة ولا نقصان؛ وكذا الإِشراك لأنه تولية لكن ببعْض الثمن، والله سبحانه وتَعالى أعلم.

وأما عند اخْتِلاف الجنس فلا بأس بالمرَابَحة؛ حتى لو اشترى ديناراً بعشرة دراهم، فباعه بربح درهم أو ثوب بعَيْنه ـ جاز؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، ولو باع ديناراً بأحد عشر درهماً أو بعشرة دراهم وثوب ـ كان جائزاً، كذا هذا؛ ولو باع الدينار بربح ذهب بأن قَالَ: بعتك هذا الدينار الذي اشتريته بربح قيراطين ـ لم يجز عند أبي يوسف، وعند محمَّد جاز.

وجه قوله: أن المرابحة بيع بالثمن الأول وزِيَادة؛ كأنه باع ديناراً بعشرة دراهم وقيراطين، وذلك جائز؛ وطريق جوازه: أن يكون القِيراطَان بمثلهما من الدّينار، والعشرة ببقية الدينار كذا هذا.

ولأبي يوسف: أن في تجويز هذا تغيير المرَابحَة؛ لأن **المتصارفين** جعلا العشرة رأس المال والدراهم ربحاً؛ فلو جوَّزنا على ما قَالَه محمد، لصار القيراط رأس مال وبعض العشرة ربحاً، وفيه تغيير المقابلة وإِخراجها عن كَوْنها مرابحة، فلا يصح؛ ولو اشترى سيفاً محلى بفضة وحليته خمسون بمائة درهم، ثم بَاعَه مرابحة بربح درهم أو بربح دينار أو بربح ثوب بعينه ـ لا يجُوز؛ لأن المرابحة بيع بالثَّمن الأول وزيادة ربح، والربح ينقسم على كل الثمن؛ لأنه جَعَل ربح كل الثمن، فلا بد وأن ينقسم على كله ليكون مرابحة على كل الثَّمن، ومتى انقَسم على الكل كان للحلية حصّة من الربح لا محالة، فيتحقق الربا ولا يصحُّ العقد، والله أعلم/ . ٣/ ١١٤ب

ومنها: أن يكون العقد الأول صحيحاً؛ فإِن كان فاسداً، لم يجز بيع المرابحة؛ لأن المرابحة بيع بالثَّمن الأول مع زيادة ربح والبيع الفاسد، وإِن كان يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثَّمن؛ لفساد التَّسمية والله عز وجل أعلم.

فصل [في بيان رأس المال]

وأما بيان رأس المال: فرأس المال ما لزم المشْترِي بالعقد لا ما نقده بعد العقد؛ لأن المرابحة بيع بالثَّمن الأول، والثمن الأَول هو ما وجب بالبيع، فأما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد آخر وهو الاستبدال، فيأخذ من المشتري الثاني الواجب بالعَقْد لا المنقُود بعده، وكذلك التَّولية.

وبيان هذا الأصل: إذا اشتَرى ثوباً بعشرة دراهم، ونقد مكانها ديناراً أو ثوباً ـ فرأس المال هو العشرة لا الدّينار والثوب؛ لأن العشرة هي التي وجبت بالعقد، وإنما الدّينار أو الثوب بدل الثَّمن الواجب.

وكذلك لو اشترى ثوباً بعشرة دَرَاهم جياد ونقد مكانها الزيوف، وتجوز بها البائع الأول ـ فعلى المشتري نقد الجياد لما قلنا؛ ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد، ثم باعه مرابحة؛ فإن ذكر الربح مطلقاً بأن قال: أبيعك بالثمن الأول وربح درهم ـ كان على المشتري الثَّاني عشرة من جِنْس ما نقد، والربح من دراهم نقد البلد؛ لأن المرابَحَة بيع بالثمن الأول، والثمن الأوَّل هو الواجب بالعقد الأول وهو عشرة، وهي خِلاَف نَقْد البلد، فيجب بالعقد الثاني مثلها والربح من نقد البلد؛ لأنه أطلق الربح وما أضَافَه إلى رأس المال، والمطلق ينصرف إلى المتعارف وهو نقد البلَد؛ وإن أضاف الربح إلى العشرة بأن قال: أبيعك بربح العشرة أو بربح ده يازده ـ فالعشرة والربح من جنس الثمن الأول.

أما إذا قال: بربح العشرة؛ فلأنه أضاف الربح إلى تلك العشرة إذا كان من جنسها، وأما إذا قال: بربح ده يازده؛ فلأنه جعل الربح جزءًا من العشرة، فكان من جنسها ضرورة.

وعلى هذا يخرج ما إذا زاد المشتري البائع الأول في الثَّمن الأول، وقبل أنه يبيعه مرابحة وتولية على الأصل والزيادة جميعاً، لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، فيصير في التقدير كأن العقد على الأصل والزيادة جميعاً، فكان الأصل مع الزيادة رأس المال؛ لوجوبهما بالعقد تقديراً فيبيعه مرابحة عليهما.

وكذا لو حط البائع الأوَّل عن المشتَري بعض الثَّمن ـ فإنه يبيعه مرابحة على الثَّاني بعد الحط؛ لأن الحط أيضاً يلتحق بأصْل العقد، فكان الباقي بعد الحط رأس المال، وهو الثَّمن الأوَّل فيبيعه مرابحةً عليه.

ولو حطّ البائع الأول عن المشتري بعد ما بَاعَه المشْتَري ـ حط المشتري الأول ذلك القدر عن المشتري الثَّاني مع حصته من الربح؛ لما ذكرنا أن الحط يلتحق بأصل العقد، فيصير رأس المال وهو الثمن الأول ما وراء قدر المحطوط، فيحط المشتري الأول عن المشْتَري الثَّاني ذلك القَدْر، ويحط حصته من الربح أيضاً؛ لأن قدر الربح ينقسم على جميع الثمن، فإذا حطّ شيئاً من ذلك الثمن لا بد من حط حصته من الربح، بخلاف ما إذا باع مساومة ثم حطّ عن المشتري الأول شيء من الثمن ـ أنه لا يحطّ ذلك عن المشتري الثاني؛ لأن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة، ولا عبرة به في بيع المسَاوَمة.

ألا ترى أنه لو اشترى عبدين قيمتهما سواء، أحدهما بألف والآخر بخمسمائة، ثم باعهما مُسَاومة ـ انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين؛ ولو باعهما مرابحةً أو تولية، انقسم الثمن

عليهما على قَدْر الثَّمن الأول أثلاثاً لا على قدر القيمة؛ دل أن الأول[١] أصْل في بيع المرابحة، ولا عبرة به في بيع المسَاوَمة، فالحط عن الثمن الأول في بيع المرابحة يوجب الحَطّ عن الثَّمن الثاني، ولا يوجب في المسَاوَمة، وهذا الذي ذكرنا على أصْل أصحابنا الثلاثة؛ لأن الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد.

وكذا الحط عنه، ويصير كأن العَقْد في الابتداء وقع على هذا القَدْر؛ فأما على أصل زُفر والشَّافعي: فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادةً في الثمن وحطّاً عنه، وإنما يصحُّ هبة مبتدأة، والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

فصل [في بيان ما يلحق برأس المال]

وأما بيان ما يلحق برأس المال وما لا يَلْحق به فنقول: لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار/ والصّباغ والغسّال والفتال والخياط والسّمسار وسائق الغنم والكراء، ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم. وما لا بدَّ لهم منه بالمعروف، وعلف الدواب، ويباع مرابَحَة وتولية على الكلّ اعتباراً للعرف؛ لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأسِ المالِ ويعدّونها منه، وعُرْف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة. ٣/ ١١٥أ

قال النبي ـ عليه السلام ـ: «**مَا رَآه الْمُسْلِمُون حَسَناً، فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ**»[٢] إلا أنه لا يقول عند البيع: اشتريته بكذا ولكن يَقُول: قام علي بكذا؛ لأن الأول كذب والثاني صدق.

وأما أجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبَيْطَار[٣] وجعل الآبق والفداء عن الجناية، وما أنفق على نفسه وعلى الرَّقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شِعْر ـ فلا يلحق برأس المال، ويباع مرابحة وتولية على الثمن الأول الواجب بالعقد الأول لا غير؛ لأن العادة ما جرت من التّجار بإلحَاق هذه المؤن برأس المال.

وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ قَبِيحاً فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ قَبِيحٌ**»[٤] وكذا المضارب ما أنفق على الرقيق من طَعَامهم وكسوتهم وما لا بدّ لهم منه بالمعروف ـ يلحق برأس المال؛ لجريان العادة بذلك وما أنفق على نَفْسه في سفره لا يلحق به؛ لأنه لا عادة فيه والتعويل في هذا الباب على العَادة، والله علم.

---

(١) في أ: الأصل.

(٢) تقدم.

(٣) البيطار: معالج الدواب.

(٤) تقدم.

فصل [في بيان ما يجب بيانه في المرابحة]

وأما بيان ما يجب بيانه في المرَابَحَة وما لا يجب: فالأَصْل فيه أن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة؛ لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثَّمن الأول من غير بينة ولا استحلاف، فتجب صِيَانَتُها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة؛ لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمْكَن؛ قال الله عز شأنه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَخُونُوا اللَّهَ والرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة الأنفال، ٢٧٠]، وقال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**لَيْسَ مِنَّا مَنْ غَشَّنَا**».

وقال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ لِوَابِصَةَ بْنُ مَعْبَد ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «**الحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ، فَدَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَىٰ مَا لاَ يَرِيبُكَ**». وروي عنه ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أَنَّهُ قَالَ: «**أَلاَ إِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حمىً، وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ؛ فَمَنْ حَامَ حَوْلَ الحِمَى يُوشِكُ أَن يَقَعَ فِيهِ**»[١].

وقال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ، فَلاَ يَقِفَنَّ**[٢] **مَوَاقِفَ التُّهَمِ**»[٣] والاحتراز عن الخِيَانة وعن شبهة الخيانة والتهمة إنما يحصل ببيان ما يجب بيانه، فلا بد مَن بيان ما يجِب بيانه وما لا يجب، فنقول وبالله التوفيق: إذا حدث بالسلعة عيب في يد البَائِع أو في يد المشتري، فأراد أن يبيعها مرابحةً، ينظر: إن حدث بآفة سَمَاوية، له أن يبيعها مرابحةً بجميع الثمن من غير بيان عندنا.

وقال زفر والشافعي ـ رحمهما الله ـ: لا يبيعها مرابَحَة حتى يبين؛ وإن حدث بفعله أو بفعل أجنبي، لم يبعه مرابحة حتى يبين بالإجماع.

وجه قولهما: أن البيع من غير بيان حدوث العَيْب لا يخْلُو من شبهة الخيانة؛ لأن المشتري لو عَلِم أن العيب[٤] حدث في يد المشتَري، لكان لا يربحه فيه؛ ولأنه لما باعه بعد حدوث العَيْب في يده، فقد احتبس عنده جزءاً منه، فلا يملك بيع الباقي من غير بيان؛ كما لو اختَبَس بفعله أو بفعل أجنبي.

ولنا: أن الفائت جزء لا يقَابِلُه ثمن؛ بدليل أنه لو فات بعد العقد قبل القبض، لا يسقط بحصته شيء من الثمن، فكان بيانه والسُّكوت عنه بمَنْزِلة واحدة، وما يقابله الثمن قائم بالكلية، فله أن يبيعه مرابحة في غير بيان، لأنه يكون بائعاً ما بقي بجميع الثمن، بخلاف ما إذا فات بفعله أو بفعل أجنبي؛ لأن الفائت صَارَ مقصوداً بالفعل، وصَارَ مقابله الثمن، فقد حَبَس المشتري جزءاً يقابله الثمن، فلا يملك بيع الباقي مرابحةً إلا ببيان، والله سُبْحَانه وتعالى أعلم.

---

(١) تقدم.

(٢) في أ: يقف.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في أ: البيع.

ولو حدث من المَبِيع زيادة؛ كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر ـ لم يبعه مرابحة حتى يبين؛ لأن الزِّيادة المتولّدة من المَبِيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب، وإن لم يكن لها حصة من الثَّمن للحال فهذا حبس بعض المبيع وباع الباقي، فلا يجوز من غير بيان.

وكذا لو هلك بفعله أجنبي، ووجب الأَرْش؛ لأنه صار مبيعاً مقصوداً يقابله الثمن، ثم المبيع بيعاً غير مقصود لم يبعه مرابحةً من غير بيان، فالمبيع/ مقصوداً أولى؛ ولو هلك بآفة سماوية، له أن يبيعه مرابحة من غير بيان؛ لأنه إن هلك طرف من أطْرَافه بآفة سماوية، باعه مرابحةً من غير بيان على ما مر؛ فالولد أولى لأنه ملحق بالطَّرف. ٣/١١٥ب

ولو استغل الولد أو[١] الأرض، جاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان؛ لأن الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالإِجْمَاع؛ ولهذا لا يمنع الرد بالعيب، فلم يكن ببيع الدار أو الأرض حابساً جزءاً من المبيع، فكان له أن يبيعه مرابحة من غير بيان.

وكذلك لو كان المشتري جاريةً ثيباً فوطئها، جاز له أن يبيعها مرابحة من غير بيان؛ فإن الوطء استيفاء المنفعة حقيقة، والمنفعة ليست بجُزْء لها حقيقة، فاستيفاؤها لا يوجب نقصاناً في الذات، إلا أنه ألحق بالجزء عند عدم الملك إظهاراً لخطر **الأبضاع**، ولا حاجة إلى ذلك في الملك، فبقيت منفعة[٢] حقيقة، ووطء الثيب إنما منع الرد بالعيب عندنا، لا لأنه إتْلاَف جزء من العين، بل لمعنى آخر نذكره في موضعه؛ ولو كانت الجارية بكراً فافتضها المشْتَري ـ لم يبعها مرابحة حتى يبين؛ لأن الافتضاض إزالة العذرة وهي عُضْو[٣] منها، فكان إتلافاً لجزئها، فأشبه إتلاف سائر الأجزاء؛ ولو أتلف منها جزءًا آخر، لكان لا يَبِيعُها مرابحة حتى يبين. كذا هذا.

ولو اشترى شيئاً نسيئة، لم يبعه مرابحة حتى يبين؛ لأن للأجَل شبهة المبيع، وإن لم يكن مبيعاً حقيقة؛ لأنه مرغُوب فيه، ألا ترى أن الثَّمن قد يزاد لمكان الأجل، فكان له شبهة أن يقابله شيء من الثَّمن، فيصير كأنه اشْتَرى شيئين ثم باع أحدهما مرابحةً على ثمن الكل؛ لأن الشُّبهة ملحقة بالحَقِيقة في هذا الباب، فيجب التحرُّز عنها بالبيان.

ولو اشترى من إِنْسَان شيئاً بدين له عليه ـ له أن يبيعه مرابحة من غير بيان؛ ولو أخذ شيئاً صلحاً من دين له على إنْسَان، لا يبيعه مرابحة حتى يبين.

ووجه الفرق: أن مبنى الصلح على الحطِّ **والإغماض** والتجوز بدون الحق، فلا بد من

---

(١) في ط: و.
(٢) في ط: مبيعة.
(٣) في أ: جزء.

البيان؛ ليعلم المشتري أنه سَامَحَ أم لا، فيقع التحرز عن التهمة ومبنى الشراء على المضايقة[١] **والمماكسة**، فلا حاجة إلى البيان.

وفرق آخر: أن في الشراء لا تتصور الخيانة؛ لأن الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله، وهو أن يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قِصاصاً لعدم الفائدة؛ والدليل على أنه كذلك: أنه لو اشترى ثم تصادقاً على أنه لم يكن عليه دين - لم يبطل الشراء، ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبَطَل الشراء؛ وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه، لا تتصور[٢] الخيانة، كما إذا اشترى منه ثوباً بعشرة دَرَاهم ابتداء، بخلاف الصُلح فإنه يقع بما في الذِمةِ على البدل المذكور.

ألا ترى أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح، فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق، فوجب التحرز عن ذلك بالبيان.

ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ورقمه اثني عشر، فباعه مرابحة على الرّقم من غير بيان - جاز إذا كان الرقم معلوماً والربح معلوماً، ولا يكون خيانةً؛ لأنه صادق، لكن لا يقول: اشتريته بكذا؛ لأنه يكون كاذباً فيه.

وروي عن أبي يوسف أن المشتري إذا كان لا يعلم عَادَة التُّجار، وعنده أن الرقم هو الثمن - لم يبعه مرابحةً على ذلك من غير بيان.

وكذلك لو ورث مالاً فرقمه ثم بَاعَه مرابحة على رقمه - يجوز لما قلنا، ولو اشترى شيئاً ثم باعه بربح، ثم اشتراه فأراد أن يبيعَه مرابحة - فإنه يطرح كل ربح كان قبل ذلك، فيبيعه مرابحة على ما يبقى من رأسِ المال بعد الطّرح؛ فإن لم يبق منه شيء بأن استغرق الرّبح الثمن - لم يبعه مرابحةً؛ وهذا عند أبي حنيفة.

وأما عند أبي يوسف ومحمد: يبيعه مرابحةً على الثمن الأخير من غير بيان، ولا عبرة بالعُقُود المتقدمة ربح فيها أو خسر.

وبيان ذلك: إذا اشترى ثوباً بعشرة فباعه بخَمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة - فإنه يبيعه مرابَحَة على خمسة عنده، وعندهما: على عشرة، ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة - لم يبعه مرابحة أصلاً، وعندهما: يبيعه مرابحةً على عشرة.

وجه قولهما: أن العقود المتقدّمة لا عبرة بها؛ لأنها ذَهَبت وتلاشت بنفسها وحكمها،

(١) في أ: المطابقة.

(٢) في ط: تتقدر.

فأما العَقْد الأخير فحكمه قائم وهو/ الملك، فكان هذا المعتبر، فيبيعه مرابحة على الثَّمن الأخير. ٣/١١٦أ

ولأبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: أن الشِّراء الأخير كما أوجب ملك الثَّوب، فقد أكد الربح وهو خمسة؛ لأنه كان يحتمل البطلان بالرد بالعَيْب أو بغيره من أسباب الفسخ؛ فإذا اشترى، فقد خرج عن احتمال البُطْلان فتأكد، وللتأكد شبهة الإِثبات فكان مشترياً للثَّوب وخمسة الربح بعشرة من وجه، فكان فيه شبهة أنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحةً على ثمن الكُلِّ، وذا لا يجُوز من غير بيان، لأن الشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة.

ألا ترى أنه لو اشتَرى ثوباً بعشرة نسيئةً، ثم أراد أن يبيعه مرابحة على عشرة نقد ـ لم يبعه مرابحةً من غير بيان احتراز عن الشُّبهة؛ لأن للأجل شبهة أن يقابله الثمن على ما مر، فوجب التحرز عنه بالبَيَان؛ كذا هذا، فإذا باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة، صار كأنه باع[1] ثوباً وعشرة بعشرة، فيكون العشرة بالعشرة، ويبقى الثوب خالياً عن العوض في عقد المعَاوَضة، فيتمكن فيه شبهة الربا، فلم يبعه مرابحة، والله سُبْحَانه وتعالى أعلم.

ولو اشتَرى ممَّن لا تجوز شهادته له؛ كالوالدين والموْلُودين والزَّوج والزوجة ـ لم يجز له أن يبيعه مُرَابحةً، حتى يبين عِنْد أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: له ذلك من غير بيان؛ ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أو لا دين عليه ـ لم يبعه مُرَابحة من غير بيان بالإِجماع. وجه قولهما: أنه لا خلل في الشراء الأول؛ لأن ملك كل واحدٍ منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه، فصح الشراء الأول فلا يجب البَيَان؛ كما إذا اشترى من الأجنبي.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن تُهْمة المُسَامَحَة في الشراء الأول قائمة؛ لأن الناس في العادات لا يمَاكِسُون في الشراء من هؤلاء، فكانت التهمة وهي الشراء بزيادة الثمن قائمةً، فلا بدَّ من البيان كما في المكاتب والمأذون؛ ولأن للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصِّحة؛ لأن كل واحد منهما يبيع بمال صاحِبه عادة؛ ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحِبه لكَونها شهادة لنفسه من وجه، فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائماً معنى، فكان لهذا الشِّراء شبهة عدم الصحّة. والشُّبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة، فتؤثر في المُرَابَحَة، كما في المكاتب والعَبْد المأذون.

ولو اشتَرى سِلْعة من رجل بألف درهم، ثم اشترى منه من لا تقبل شهادته له بألف درهم

(١) في ط: اشترى.

وخمسمائة ـ فإنه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وذلك ألف، ولا يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة إلا ببيان عند أبي حنيفة، وعندهما: يبيعه مرَابَحة على ألف وخمسمائة من غير بيان؛ لما ذكرنا.

وأجمعوا على أنه لو اشترى عبداً بخمسمائة، فباعه من المكَاتِب المديون أو لا دين عليه بألف ـ أنه لا يبيعه مرابحة على أكثر الثمنين.

وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبداً بخمسمائة، فباعه من المَوْلَى بألف لما قلنا.
ولو اشترى من مضاربه أو اشترى مضاربه منه ـ فإنه يبيعه مرابحة على أقل الثَّمنين، وحصة المضارب من الربح إن كَانَ فيه ربح، وإن لم يكن ربْح يبيعه مرابحة على أقل الثَّمنين.

بيان ذلك: إذا دفع ألفاً مضاربةً، فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة، فباعه من المضارب بألفٍ ـ فإن المضارب يبيعه مرابَحَةً على خمسمائة؛ لأن جَوَاز بيع رب المال من المضارب، والمضارب من رب المال ليس بمَقْطُوع به، بل هو محل الاجتهاد؛ فإن عند زفر لا يجوز وهو القياس، لأنه بيع مَال نفسه على نفسه، والشِّراء من الإِنْسَان بماله، إلا أنا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ، فكان شبهة عدم الجَوَاز قائمة، فتلحق بالحَقِيقة في المنع من المرابحة من غير بيان؛ ولأنه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته، لكن سَاهَله المضارب؛ لأنه ما اشتراه بمال نفسه بل بمَال رب المال، فتمكنت التهمة في هذا البيع، فلا يبيعه مرابحة بأوفر الثمنين إلا ببَيَان.

ولو اشترى المضَارب عبداً بألف، فباعه من رب المال بألف ومائتين ـ فإن لرب المال بيعه مرابحة على ألف ومائة إن كانت المضاربة بالنصف؛ لأن المائتين ربح وهي بينهما، إلا أن حصّة رب المال فيها شُبْهة وتهمة على ما ذكرنا/ فيطرح ذلك القدر من بيع المرابحة، وأما حصة المضَارب فلا شبهة فيها ولا تهمة؛ إذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحةً على ألف ومائة. ٣/١١٦ب

وكذلك لو اشترى رب المال عبداً بألف، فباعه من المضَارب بمائة ـ باعه المضارب مرابحة على مائة.

وكذلك لو اشترى المضَارِب بألف، فباعه من ربّ المالِ بمائة ـ باعه رب المال مرابحة على مائة وهي أقل الثمنين؛ لأنه لا تُهْمة في الأَقَل، وفي الأكثر تهمة على ما بينا.

ولو اشترى رب المال بخمسمائة، فباعه من المضَارب بألف ومائة ـ باعه المضارب مرَابَحةً على خمسمائة وخمسين؛ لأنَّ الخمسمائة أَقَل الثمنين والخمسون قدر حصّة المضارِب من الرِّبح فتضم إلى الخمسمائة، والله عز وجل أعلم.

فصل [في حكم الخيانة]

وأما حكم الخيانة إذا ظَهَرت فنقول بالله التوفيق: إذا ظهرت الخِيَانة في المرابحة لا يخلو: إما أن ظهرت في صفة الثمن، وإما أن ظهرت في قَدْره، فإن ظهرت في صفة الثمن بأن اشترى شيئاً بنسيئة، ثم باعه مرابحة على الثَّمن الأول، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة[(١)] أو باعه تولية ولم يبين، ثم علم المشتري ـ فله الخيار بالإجماع إن شاء أخذه وإن شاء رده؛ لأن المرابحة عقد بني على الأمانة؛ لأن المشتري اعتمد [على][(٢)] البائع وائتمنه في الخبر عن الثمن الأول، فكانت الأَمَانة مطْلُوبة في هذا العقد، فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة، ففواتها يوجِب الخيار كفوات السلامة عن العيب.

وكذا لو صالح من دين ألف له على إنْسَان على عبد، ثم باعه مرابحة على الألف، ولم يبين للمشتري أنه كان بدل الصّلح ـ فله الخِيَار لما قلنا؛ وإن ظهرت الخيانة في قدر الثَّمن في المرابحة والتولية بأن قال: اشْتَريت بعشرة وبعتك بربح ده يازده، أو قال: اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت، ثم تبين أنه كان اشْتراه بتسعة ـ فقد اختلف في حكمه:

قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: المشتري بالخِيَار في المرابحة؛ إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك، وفي التولية لا خيار له، لكن يحطّ قدر الخيانة ويلزم العقد بالثمن الباقي.

وقال أبو يوسف: لا خيار له، ولكن يحط قدر الخِيَانة فيهما جميعاً، وذلك درهم في التولية ودرهم في المرَابَحة وحصة من الربح، وهو جُزْء من عشرة أجزاء من درهم.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: له الخيار فيهما جميعاً؛ إن شَاء أخذه بجميع الثَّمن وإن شاء رده على البائع.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ: أن المشتَري لم يرض بلزوم العَقْد إلا بالقدر المسمى من الثمن، فلا يَلْزَم بدونه، ويثبت له الخِيَار لفوات السَّلامة عن الخيانة، كما يثبت الخيار بفوات السَّلامة عن العَيْب إذا وجد المبيع مَعِيباً.

وجه قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة والتولية؛ فإذا ظهرت الخيانة، تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصحّ، فلغت تسميته وبقي العقد لازماً بالثمن الباقي.

---

(١) في ط: بنسيئة.

(٢) سقط من ط.

ولأبي حنيفة: الفَرْق بين المرَابحة والتَّولية، وهو أن الخِيَانة في المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة ربح، وهذا قائم بعد الخيانة؛ لأن بعض الثمن رأس مال وبعْضَه ربح، فلم يخرج العقد عن كونه مرابحةً، وإنما أوجب تغييراً في قدر الثَّمن، وهذا يوجب خللاً في الرضا، فيثبت الخيار كما إذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن؛ بأن ظهر أن الثمن كان نسيئة، ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التَّولية؛ لأن الخِيَانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية؛ لأن التولية بيع بالثَّمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، وقد ظهر النُّقصان في الثَّمن الأول؛ فلو أثبتنا الخيار، لأخْرَجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة، وهذا إِنْشَاء عقد آخر لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز، فحططنا قَدْر الخِيَانة وألزمنا العقد بالثَّمن الباقي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان المَبِيع عند ظهور الخيانة بمحلٍّ الفسخ، فأما إذا لم يكن؛ بأن هلك أو حدث به ما يمنع الفسخ ـ بطل خياره ولزمه جَميع الثمن؛ لأنه إذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة، فيَسْقُط كما في خيار الشرط وخيار الرؤية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل [في الإشراك]

وأما الإشراك[1] فحكمه حكم التَّولية لا أنه تولية حقيقة، لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن، وقد ذكرنا ما يتعلق بالتَّولية من الشَّرائط والأحكام، والذي يختص بالإشراك بيان القدر الذي/ تثبت فيه الشَّركة فنقول وبالله التوفيق: المشتري لا يخلو: إما أن يكون لواحد، وإما أن يَكُون لاثنين أو أكثر؛ فإن كان لواحدٍ فأشرك فيه غيره فلا يخْلُو: إما أن يشركه في قَدْر معلوم كالنِّصف والثلث والربع ونحو ذلك، وإما أن أطْلق الشركة؛ فإن أشركه في قدر معلوم، فله ذلك القدر لا شك فيه؛ لأن حكم التصرُّف فيه يثبت في قَدْر ما أضيف إليه هو الأصل؛ فإن أطلق الشركة بأن قال: أشركتك في هذا الكُر، فله نصف الكر؛ كما لو قال: أشركتك في نصف الكر؛ لأن الشَّركة المطْلَقة تَقْتَضي المساواة، فتقتضي أن يكون نصيب الرجل مثل نَصِيبه.

٣/١١٧أ

ولو أشرك رَجُلاً في نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه ـ فالرجل بالخيار؛ إن شاء أخذ نصف ما بقي وهو ربع الكر وإن شاء تَرَك؛ لأنه كان له نصف شائع من ذلك، فما هلك هلك على الشركة، وما بقي بقي على الشَّركة، وله الخيار إذا كان قبل القبض؛ لأن الصفقة قد

---

(١) وهو بيع بعض ما اشترى بحصته بما اشتراه به.

تفرقت عليه؛ وكذلك لو باع رجُلاً نصف الكر ثم هلك نصفه قبل القبض؛ لما قلنا.

ولو كان مكان الهلاك استِحْقَاق؛ بأن استحق نِصْف الكر - فههنا يختلف حكم الشركة والبيع، فيكون النصف الباقي المشتَرِي خاصةً في البيع، وفي الشركة يكون بينهما، وإنما كان كذلك؛ لأن البيع أضيف إلى نِصْف شائع وتعذّر تنفيذه في النصف المستحق؛ لانعدام الملك، وأمكن تنفيذه في نِصْف المملوك فيجب تنفيذه فيه، وكذلك في الشركة إلا أن تنفيذه في النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف؛ وذلك بأن يكون نصفه للرَّجُل ونصفه له.

ولو اشترى عبداً فقال له رجل: أشركني في هذا العَبْد، فقال: قد أشركتك، ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فأشركه فيه؛ إن كان الثَّاني علم بمشاركة الأول، فله الربع وللمشتري الربع والنِّصف للأول؛ وإن كان لم يعلم بمُشَاركته، فالنصف له والنصف للأول ولا شيء للمشتري؛ لأنه إذا علم الثاني بمُشَاركة الأول فلم يطلب الشركة منه إلا في نَصِيبه خاصة، والشركة في نصيبه يَقْضي المساواة بين النصيبين، وهي أن يكون لكلٍّ واحدٍ منهما الربع.

وإذا لم يعلم بالشركة فقوله: أشركني طلب الشَّركة في الكُلّ، والإشراك في الكل أن يكون نصفه له، والأول قد استحق النِّصف بالمشاركة، فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة.

ولو قال لرجل: اشتر جارية فلان بيني وبينك، فقال المَأْمُور: نعم، ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قَالَ الأول، فقال المأمور: نعم، ثم اشترى الجارية - فالجارية بين الآمرين ولا شيء منها للمأمور؛ لأن الأول وكله بشراء نصف الجارية، وبقبول الوكالة الثانية لا يَخْرُج عن كونه وكيلاً للأول؛ لأنه لا يمكن إخراج نفسه عن الوكالة من غير محْضَر من الموكّل، فبقي وكيلاً له بشراء النصف؛ فإذا قبل الوكالة من الثَّاني صار وكيلاً في شراء النِّصف الآخر؛ فإذا اشترى الجارية، فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما.

ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الأوَّلان، فقال: نعم ثم اشتراها - كانت الجارية للأولين ولا شيء للثالث، لأنه قد بقي وكيلاً للأولين؛ إذ لا يملك إخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما، فلم يصحَّ قبوله الوكالة من الثالث.

شريكان شركة عنان في الرقيق، أمر أحدهما صَاحِبه أن يشتري عبد فلان بينه وبين المأمور، ثم أمره أجنبي[1] بمِثْل ذلك فاشتراه - فالنصف للأجنبي والنصف للشريكين؛ لأن كل

(١) في ط: آخر.

واحد من الشَّريكين يملك شراء الرقيق بعقد الشركة من غير أمر، فكان الأمر سفهاً فلم يصحَّ، وصح من الأجْنبي فاستحقَّ النصف، واستحقاق النصف تقضية الشَّركة، والله عز وجل أعلم.

هذا إذا كان المشتري لواحد فأشركه؛ فإن كان لاثْنين فلا يخلو: إما أن يكون أشرك أحدهما رجُلاً، وإما أن أشركاه جميعاً؛ فإن أشركه أحدهما فإما أن أشركه في نصيبه خاصةً؛ بأن قال: أشركتك في نصيبي، وإما أن أشركه في نصفه؛ بأن قال: أشركتك في نصفي، وإما أن أشْركَه مطلقاً؛ بأن قال: أشركتك في هذا العبد، وإما أن أشركه في نصيبه ونصيب صاحبه، وإما أن أشركه في نصْفه؛ بأن قال: أشركتك في نصف هذا العبد؛ فإن أشركه في نصيبه خاصَّة، فله/ النِّصف من نصيبه؛ لأن الشركة المطلقة في نصيبه تقتضي أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه؛ لأنها تقتضي المساواة؛ وكذا لو أشركه في نصفه لأن الشَّركة المطلقة في نصفه تقتضي المساواة فيه، وإن أشركه مطلقاً فإن أجاز شريكه فله النِّصف كاملاً والنصف لهما؛ وإن لم يجز، فالربع له لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقْتَضي المساواة، فتقتضي أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعاً، إلا أنه إذا لم يجز تَعذَّر تنفيذ الإشراك في نصيبه فينفذ في نصيب صاحبه، فيكون له الرُّبع، وإذا أجاز أمكن إجراء الشَّركة على إطلاقها، وهي بإطلاقها تقتضي المسَاواة؛ وذلك في أن يكون له النِّصف ولكل واحد منهما الربع؛ وإن أشركه في نَصِيبه ونصيب صاحبه فكذلك في ظاهر الرواية؛ أنه إن أجاز صاحبه، فله النِّصف والنصف الآخر لهما؛ وإن لم يجز، فله الربع.

٣/١١٧ب

وروي عن أبي يوسف في النوادر: أنه إن أجاز كان بينهما أثلاثاً؛ وإن أبى أن يجيز، كان له ثلث ما في يد الذي أشركه، وهو سُدْس الكل.

وجه هذه الرواية: أن إشراك أحدهما وإجازة الآخَر بمنزلة إشراكهما معاً؛ لأن الإجازة تستند إلى حال العقد، فكأنهما أشركاه معاً؛ ولأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، فصار كأن العاقد أشرك بوكالة صاحبه.

وجه ظاهر الرواية: أن الإشراك والإجازة تثبت على التعاقب لوجود الإشراك، والإجازة على التعاقب والحكم يثبت على وَفْق العلة، فصار كما لو أشرك كل واحدٍ منهما على التَّعاقب.

قوله: الإجازة تستند إلى حالة العقد، قلنا: نعم لكن الثَّابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يسْتَند، فكان حكم الإجازة متأخراً عن حُكْم الإشراك ثبوتاً؛ وإن أشركه في نِصْف العبد فأجاز شريكه، فله نصف ما في يد هذا ونصف ما في يد الآخر؛ وإن لم يجز، فله نصف ما في يد الذي أشركه لما قلنا.

هذا إِذا أشركه أحُدُهما، فأما إذا أشركاه جميعاً فلا يخلو: إِما أن أشركاه معاً، وإِما أن أَشركاه على التعاقب؛ فإن أشْرَكَاه معاً فالقِيَاس أن يكون له النصف كاملاً ولكل واحد منهما الربع، وفي الاستحسان يكون بينهم أَثلاثاً، وإِن أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبينا قدر الشركة، أو شركاه في نَصيبهما بأَن قال كل واحد منهما: أشركتك في نصيبي ولم يبيّن في كم أشركَه ـ وللأولين النصف.

وجه القياس: أنه لما أشركه كل واحدٍ منهما، فقد استحقَّ نصف نصيبه، فكان النصف له والنِّصف لهما جميعاً؛ كما لو أشركاه على التعاقب.

وجه الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق: أن الإِشراك المطلق من كل واحد منهما إياه في زمان واحد ـ يقتضي المساواة في أنصباء الكُلِّ، وهو أن يكون نصيب كل واحدٍ منهم مِثْل نصيب الآخر في أن يكون المشتري بينهم أثلاثاً، بخلاف الإِشراك على التعاقب؛ لأن الإِشراك في أحدهما مطلقاً في زمان يقتضي أن يكون نصيبه مثل نصيبه؛ وكذلك الإِشراك الآخر في الزمان الثاني، فيجتمع له ربعان وهو النِّصف لكلّ واحد منهما الربع، والله أعلم.

فصل [في بيان المواضعة]

وأما المواضعة: فهي بيع بمِثْل ثمن الأول مع نقْصان شيء معلوم منه، ويعتبر لها من الشَّرائط والأحكام ما يعتبر المرابحة، وقد ذكرنا ذلك كله، والأصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة أن يضمَّ قدر الوَضِيعة إِلى رأس المال ثم يطرح منه، فما بقي بعد الطَّرح فهو الثمن.

مثاله: إِذا قال: اشتريت هذا بعشرة وبعتك بوضيعة ده يازده، فإذا أردت أن تعرف الثمن أنه كم هو؟ فسبيلك أن تجعل كل درهم من العشرة التي هي رأس المال أحَد عَشر جزءاً، فيكون الكل أحد عشر، اطرح منها درهماً يكون الثمن تسعة دَرَاهم وجزءاً من أحد عشر جُزْء من درهم، وعلى هَذَا القياس تجري مسائل الموَاضَعة، والله الموفق للصواب.

فصل [في شرائط لزوم البيع]

وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونَفَاذه وصحته ـ فواحد، وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة: خيار التَّعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية، فلا يلزم مع أحد هذه الخِيَارات، وهذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: افتراق العاقدين/ مع الخلو عن الخِيَارين وهوخيار الشرط وخيار العيب شَرْط أيضاً. ٣/١١٨أ

ولقب المسألة أن خيار الْمَجْلس لَيس بثابت عندنا، وعنده: ثابت.

احتج الشافعيُّ ـ رحمه الله ـ بقوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**الْمُتَبَايِعَان بالخِيَار مَا لَمْ يَفْتَرِقا**» وهذا نص في الباب؛ ولأن الإِنْسَان قد يبيع شيئاً ويشتري شيئاً، ثم يبدو له فيندم، فيحتاج إلى التدارك بالفسخ، فكان ثُبوت الخيار في المجلس في باب النَّظر للمتعاقدين.

ولنا: ظاهر قوله عز وجل: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِين آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [سورة النساء، ٢٩] أباح الله سبحانه وتعالى الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التَّفرق عن مكان العقد، وعنده: إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الأَكْل، فكان ظَاهِر النص حجة عليه؛ ولأن البيع مع العاقدين صدر مطلقاً عن شرط، والعقد المُطْلَق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقدين يكون تَصَرُّفاً في العقد الثابت بتراضيهما، أو في حكمه بالرفع والإِبطال من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز؛ ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والإِقالة بعد الافْتِراق كذا هذا.

وأما الحديث؛ فإن ثبت مع كونه في حَدِ الآحاد مخالفاً لظاهر الكتاب ـ فالخيار المذكور فيه محمولٌ على خيار الرجوع والقَبُول ما داما في التبايع؛ وهو أن البائع إذا قال لغيره: بعت منك كذا، فله أن يرجع ما لم يقل المشْتَري: اشتريت، وللمشتري ألاَّ يقبل أيضاً؛ وإذا قال المشتري، اشتريت منك بكذا، كان له أن يرجع ما لم يقل البائع: بعت وللبائع ألاَّ يقبل أيضاً، وهذا النَّوع من التأويل للخبر نقله محمد في «الموطأ» عن إبراهيم النخعي رحمهما الله، وأنه مُوَافق لرواية أبي حنيفة؛ لما روي عن ابن سيدنا عمر ـ رضي الله عنهما ـ: البيعان بالخيار ما لم يتفرَّقا عن بيعهما، حَمَلْنَاه على هذا توفيقاً بين الدَّلائل بقدر الإِمكان[١] والله تَعَالى جل شأنه أعلم.

---

(١) خيار المجلس، وهو من إضافة الشيء إلى ظرفه أي الخيار الثابت ما دام مجلس العقد قائماً، والسبب فيه هو العقد نفسه. وحكمته تدارك ما قد يكون لحق أحد العاقدين من غبن أو خديعة. ومجلس العقد هو مكان البيع، والمراد به هنا العاقدان ما داما مجتمعين، ولو جاوزا مكان البيع فلو تفرقا بأبدانهما قيل إن مجلس العقد قد انقضى.

ويعرف خيار المجلس بأن حق كل من العاقدين في فسخ البيع أو إمضائه بسبب العقد ما داما مجتمعين أو لم يختر أحدهما البيع، فإذا اختار أحدهما البيع فقد لزم في حقه، ولو لم يفارق صاحبه.

وإذا فخيار المجلس ينتهي بأحد الشيئين التفرق بالأبدان، واختيار البيع.

والذي يؤخذ من هذا التعريف أن كل بيع ينعقد جائزاً فيثبت لكل من العاقدين حق فسخه استقلالاً.

وأن هذا الجواز ينتهي، ويخلفه اللزوم بأحد الشيئين المتقدمين.

وهذا هو مذهب الشافعية، والحنابلة، وجماهير الصحابة، والتابعين، وفقهاء الأمصار، وهو أيضاً مذهب =

....

= الظاهرية فقد جعلوا لكل من العاقدين حق فسخ البيع ما دام مجلس العقد قائماً، ولكن على معنى آخر غير الذي ذهب إليه الجمهور. وهذا المعنى هو أن عقد البيع لا يتم عندهم إلا بالتفرق أو التخاير فما لم يوجد أحدهما فالعقد غير تام بل وغير صحيح فلكل منهما فسخه لذلك. بينما هو عند الجمهور عقد تام؛ ولكن متصف بصفة الجواز.

ويقابل هذا المذهب أعني مذهب الجمهور مذهب الحنفية والمالكية، وإبراهيم النخعي. فإنهم يرون أن عقد البيع ينعقد لازماً فليس يجوز لواحد منهما ما دامت صيغة العقد تمت بالإيجاب والقبول إن يفسخ البيع استقلالاً كما هو مذهب الأولين.

حجة الجمهور هي: السنة، والمعقول.

أما السنة ـ: فأولاً ـ ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَصَرَّفَا أَوْ يَقُوْلُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ» وهذا الحديث قد روي عن ابن عمر بروايات كثيرة نكتفي منها بهذه الرواية ـ وهذا الحديث متفق عليه.

وثانياً: ما روي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال قال رسول الله ﷺ «الْبَائِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُوْرِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا وَإِنْ كَذِبَا وَكَتَما مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا» متفق عليه كذلك.

وثالثاً: ـ ما روي عن أبي الوضيء قال ـ غَزَوْنَا غَزْوَةً فَنَزَلْنَا مَنْزلاً فَبَاعَ صَاحِبٌ لَنَا فَرَساً بِغُلَامٍ ثُمَّ أَقَامَا بَقِيَّةَ يَوْمِهِمَا وَلَيْلَتِهِمَا فَلَمَّا أَصْبَحَا مِنَ الْغَدِ قَامَ الرَّجُلُ إِلَى فَرَسِهِ يُسَرِّجُهُ فَنَدِمَ فَأَتَى الرَّجُلُ وَأَخَذَهُ بِالْبَيْعِ فَأَبَى الرَّجُلُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ. فَقَالَ بَيْنِي وبَيْنَكَ أَبُو بَرْزَةُ صَاحِبُ النَّبِي ﷺ. فَأَتَيَا أَبَا بَرْزَةَ فِي نَاحِيةِ الْعَسْكَرِ فَقَالاَ لَهُ هَذِهِ القصة. فقال: أَتَرْضَيَانِ أَنْ أَقْضِي بَيْنَكُمَا بِقَضَاءِ رَسُول الله ﷺ. قال رسولُ الله ﷺ «الْبَيْعَتَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَصَرَّفَا».

وما أراكما افترقتما ـ أخرجه أبو داود وابن ماجة مختصراً بدون القصة.

وهناك أحاديث كثيرة غير ما ذكر في معنى ما ذكرنا لم نر حاجة إلى حشدها هنا.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث ظاهر حيث جعل النبي ﷺ لِلْمُتبابعين الخيار في البيع بعده إلى التفرقة. لأنهما لا يكونان متبايعين حقيقة إلا وقد وقع بينهما البيع إذ هو وصف مشتق منه، والبيع حقيقته الإيجاب، والقبول وفي الحديث زيادة انتهاء الخيار بتخيير أحدهما صاحبه، وهي زيادة عدل ثقة فتكون مقبولة. والمتبادر من التفرقة إنما هو التفرقة بالأبدان لا بالأقوال والتبادر من أمارات الحقيقة وفي قصة أبي برزة ما يدل عليه لأن البيع كان قد تم بينهما.

وقد ظهر من هذه الأحاديث أن الخيار ثابت لهما بعد البيع إلى أن يتفرقا بأبدانهما أو يخير أحدهما صاحبه. وهذا هو معنى خيار المجلس.

وأما المعقول ـ فهو أن الحاجة داعية ـ إلى شرع هذا الخيار لأن الإنسان قد يندفع إلى البيع تحت تأثير رغبة ملحة أو خوف فوات فرصة فيغالي في الثمن إن كان مشترياً ويتساهل فيه إن كان بائعاً وبعد أن يحصل له، ويرتاح باله تعاوده الفكرة فيرى غبنه فيود لو تخلص منه. فشرع خيار المجلس موفر على العاقد هذه الرغبة، وموافق للمصلحة العامة لا سيما ومجلس العقد عهد محلا للمداولات والمشاورات والأخذ، والرد في أمر البيع.

وحجة الحنفية والمالكية هي الكتاب والأثر والمعقول أما الكتاب ـ فأولاً ـ قوله تعالى: ﴿يَأَيُّها الَّذينَ آمَنُوا لاَ =

....

= تَأْكُلُوْا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ أباح الله تعالى الأكل من مال الغير بعد حظره بطريق التجارة عن تراض، وهي تصدق بمجرد الإيجاب القبول ما داما ناشئين عن اختيار وإرادة حرة غير مقيدة. ومن المعلوم أنه لو ثبت لهما الخيار بالعقد لما أبيح لهما الأكل بمجرد العقد لحق الآخر في الفسخ قول إباحة الأكل بمجرد العقد على أنه ينعقد لازماً والتمان هي تقليب المال بالبيع والشراء.
وثانياً ـ قوله تعالى ﴿يَأَيُّها الَّذِيْنَ آمَنُوْا أَوْفُوا بالْعُقُوْدِ﴾ وقوله تعالى ﴿وَأَوْفُوْا بِالْعَهْدِ﴾ والبيع قبل التفرق والتخاير يصدق عليه أنه عقد وأنه عهد فيكون واجب الوفاء، ولا يكون واجب الوفاء إلا حيث كان لازماً إذ لو كان جائزاً يجوز فسخه لم يكن واجب الوفاء.
وثالثاً ـ قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوْا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ أمر الله عز شأنه بالتوثق بالشهادة على البيع بعده قبل الخيار منعاً للتجاحد، والتناكر، وفي هذا ما يدل على أن البيع إذا صدر صدر لازماً وإلا لم يكن للتوثق بالشهادة من فائدة لجواز فسخ البيع حينئذ.
وأما الأثر ـ فأولاً ـ قوله ﷺ «الْمُسْلِمُوْنَ عَلَى شُرُوْطِهِمْ» ويسلك به في الاستدلال على المطلوب مسلك الآيات الكريمة فيقال، والعقد بمجرد الايجاب والقبول شرط يلتزمانه فيكون واجب الوفاء.
وثانياً ـ ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله» وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة، وهي هنا قبل التفرق لأنه منهي عن التفرق قبلها. ومن المعلوم أن الاستقالة لا تكون إلا في البيع اللازم فدل ذلك على أن البيع قبل التفرق لازم.
وثالثاً ـ ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال «كُنَّا مَعَ النَّبِي ﷺ في سَفَرٍ فَكُنْتُ عَلَى بَكْرٍ صَعْبٌ لِعُمَرِ فَكَانَ يَغْلِبُنِي فَيَتَقَدَّمَ أَمَامَ الْقَوْمِ فَيَزْجُرَهُ عَمْرُ وِيَرُدُّهُ ثُمَّ يَتَقَدَّمُ فَيَزْجُرَهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ. فقال النبي ﷺ لِعُمَرَ بعنيه. فَقَالَ: هُوَ لَكَ يا رسول الله. قَالَ بعنيه. فَبَاعَهُ مِنْ رسول الله ﷺ. فقال النَّبِي ﷺ هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ تَصْنَعُ بِهِ مَا شِئْتَ» رواه البخاري.
فهذا بيع صحيح من عَمَرِ رضي الله عنه للنبي ﷺ ولم يحصل بعد البيع تفرق لأن الركب كان مندفعاً سوياً كما أنه لم يحصل اختيار وإلا لذكر وقد وهبه الرسول لابن عمر من البيع فوراً فدل صنيعه هذا على أن البيع ينعقد لازماً لا خيار فيه وإلا لما وهبه له قبل انقضاء الخيار. لأن التصرف في المبيع أثناء الخيار غير جائز كما هي دعواكم.
رابعاً ـ قالوا نهى النبي ﷺ عن بَيْعِ الْقَدَرِ وَمِنَ الْقَرَرِ أَنْ يَثْبُتَ لَهُمَا خِيَارٌ بَعْدَ الْبَيْعِ إلى التَفَرُّق وَهُوَ غَيْرَ مَعْلُوم مَتَى يَكُوْنُ؟ فيكون خياراً مجهول المدة فيفسد البيع كجهالة المدة في شرط الخيار.
خامساً ـ ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أَوْ خِيَارٌ» قسم عمر البيع قسمين بين صفقة، وبيع خيار ومن الضرورة أن بيع الصفقة غير بيع الخيار لأن قسيمه فيكون هناك بيع فيه خيار، وبيع لا خيار فيه هو الذي عبر عنه بالصفقة. وأنتم أيها القوم الذين أثبتم خيار المجلس أثبتموه في كل بيع فأين هو البيع الذي لا خيار فيه والذي أشار إليه عمر رضي الله عنه.
وأما المعقول ـ فأولاً ـ قاسوا البيع على النكاح بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة والنكاح ينعقد لازماً فكذا البيع والبيع كما يحتاج إلى التروي يحتاج إليه النكاح أيضاً.
وثانياً ـ قالوا في جواز الفسخ من أحدهما استقلالاً بموجب الخيار جواز إبطال حق الآخر حق يده على =

....

= ملكه الذي آل إليه بمقتضى العقد من غير رضاه، وهو غير جائز شرعاً إذ لا ينزع من أحد حقه قهراً عنه.

هذا وقد احتج المالكية زيادة على ما تقدم بأن عمل أهل المدينة على خلاف موجب أحاديث خيار المجلس، وهي أحاديث لا تخرج عن كونها أحاديث آحاد وعمل أهل المدينة يقدم عليها لأن الأخذ بعملهم أثبت من الأخذ بأحاديث الآحاد إذ عملهم بمنزلة سنة عملية منقولة بطريق التواتر في بلد هي مهبط الوحي ومنتدى أصحاب الرسول صلوات الله، وسلامه عليه، وعليهم أجمعين.

فإجماعهم على العمل بخلاف حديث لا يكون إلا وقد ثبت لديهم ما ينسخه إذا كان صريح الدلالة. فكيف والأحاديث الدالة على ثبوت خيار المجلس تحتمل التأويل فهي إما منسوخة وإما محمولة على وجه غير الذي تحملونها عليها. ويلاحظ بعد هذا العرض أن أدلة المثبتين قوية وسالمة عن المعارضة.

ولنبدأ أولاً بمناقشة أدلة الجمهور.

فقد اعترض عليهم [من قبل الفريق الآخر] بأن أحاديث «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» لا تدل على دعواكم إلا إذا كان المراد بالمتبايعين فيها من تمت بينهما عقدة البيع بالإيجاب والقبول، وهذا ما لا نسلمه لكم بل المراد بهما المتشاغلان بالبيع المتساومان فيه. فإن دفعتم بأن الوصف حينئذ يكون مجازاً فيهما لأنه مشتق من البيع والبيع لا يكون إلا بتمام الصيغة، والمتشاغلان لم يتم البيع بينهما بعد، ولا يصار إلى المجاز إلا بعد تعذر إرادة الحقيقة، وهي غير متعذرة هنا قلنا في جواب هذا الدفع بل إطلاقه على المتشاغلين هو الحقيقة، وعلى من تم بينهما البيع مجاز. أما الأول فلأن إطلاق للوصف حال الإتصاف وهو حقيقة باتفاق وأما الثاني فلأنه إطلاق للوصف بعد انقضاء الإنصاف وهو مجاز على المذهب المنصور. وعند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر يصدق عليهما أنهما متشاغلان بالبيع فليكن هذا هو المراد من المتبايعين، ويكون الخيار الثابت لهما حينئذ هو خيار القبول. على معنى أن للقابل أن يقبل البيع بعد إيجاب الموجب وأن يرده وأن للموجب أن ينقض إيجابه قبل قبول القابل وأن يظل متمسكاً به حتى يقبل. فإن دفعتم دفعاً آخر بأن حمل الحديث على خيار القبول يجعله عديم الجدوى عارياً عن الفائدة لأن كل أحد يفهم هذا المعنى الذي حملتم عليه الحديث فليست هناك حاجة إلى النص عليه ممن نزه عن لفظ الحديث، وسقطه. قلنا في الجواب بل الفائدة ههنا محققة، وهي دفع توهم أنه إذا أوجب أحدهما البيع فقد لزم الآخر، ولو لم يقبل بسبب التراضي الحاصل قبل الإيجاب.

وعلى ما اخترنا من أن الحديث محمول على خيار القبول يكون المراد من التفرق الذي جعل غاية للخيار هو تفرق الأقوال لا الأبدان كما تزعمون، وليس هذا القول منا قولاً جزافاً بدون ما دليل يؤيده إسناد يعتمد عليه بل الدليل بأيدينا قوي متين من ذلك قوله تعالى ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلاَّ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ وقوله ﷺ «افْتَرَقَتْ بَنُوْا إِسْرَائِيلُ عَلَى اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِيْنَ فِرْقَةٍ وَسَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةٍ» إذ المراد من التفرق فيهما التفرق في الاعتقاد، ومثل هذا فأسن في العرف واللغة، والأصل في الإطلاق هو الحقيقة وتفرق الأقوال بأن يقول العاقد الآخر بعد إيجاب الأول لا أقبل البيع أو لا أشتري أو بأن يرجع الموجب في إيجاب قبل قبول القابل فيبطل خيار القبول حينئذ فإن أبيتم إلا أن يكون التفرق في الحديث مراداً منه التفرق بالأبدان سلمناه لكم، ومنعنا أن يكون هذا حجة لكم على أن عقدة البيع قد تمت بالإيجاب والقبول لأن التفرقة بالأبدان متصور قبل القبول أيضاً بأن يذهب القابل بعد إيجاب الموجب ذهاباً دالاً على الإعراض عن البيع، أو يفعل الموجب مثل ذلك قبل القبول فينقطع خيار القبول به أيضاً، وهو مذهبنا. =

....

= فإن قلتم قوله ﷺ «أَوْ يَقُوْلُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ» يدل على أن الاختيار بعد البيع لأن معنى اختر: اختر إمضاء البيع أو فسخه فكذلك التفرق لأنه قسيمة قلنا يتصور صدور هذا اللفظ من أحدهما قبل القبول أيضاً بأن يقول الموجب للقابل بعد صدور الإيجاب.

اختر على معنى أتقبل البيع أم لا.

وبهذا أوضح أن الحديث مراد منه خيار القبول لا خيار المجلس الذي تدعون.

ومع هذا فلو سلمنا أنه يحتملهما معاً لكان الواجب يقضي بحمله على خيار القبول جمعاً بينه وبين الأدلة التي ذكرنا من الكتاب والسنة والمعقول فهي جميعها متضافرة متظاهرة على أن البيع ينعقد لازماً بمجرد تمام صيغة هذا وأما المعقول الذي ذكرتموه فأوهى من أن يقوم على قدم وساق لأن من جهة مصادم للنصوص التي ذكرنا.

ومن جهة أخرى هما المقصدان بعدم التروي والتريث قبل البيع.

ومجلس العقد عهد كونه محلاً للتشاور قبل البيع لا بعد صدوره هذا هو خلاصة ما يرد على أدلة الجمهور وأما الحنفية والمالكية فقد ناقشهم الجمهور نقاشاً عسيراً وقالوا لهم الصاع بصاعين وكان منهم المعتدل في نقاشة ومنهم المتعسف الذي ركب رأسه وأرضى لها العناق كابن حزم.

أعم عمومات الكتاب والسنة التي استدل بها المانعون لخيار المجلس فأمر الظاهريين في الانفصال عنها واضح.

وذلك أن العقد يتكون عندهم من ركنين:

الأول: الصيغة وهي الإيجاب والقبول.

الثاني: التفرق أو التغاير.

فالعقد لا يكون عقداً واجب الوفاء حتى يتم ركناه: الصيغة، والتفرق، وكذلك البيع، والتجارة لا يكونان بيعاً وتجارة معتداً بهما شرعاً، ويترتب عليهما نقل الملك، وحل الأكل، وجواز التصرف إلا بالصيغة والتفرق، قال ابن حزم ـ وهو يناقش أدلة الحنفية في صدد احتجاجهم لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ الذي أتانا بهذه الآية هو الذي من عنده تدري ما هي التجارةُ المباحةُ لنا مما حرم علينا، وما هو التراضي الناقل للملك من التراضي الذي لا ينقل الملك، ولولاه لم نعرف شيئاً من ذلك. وهو الذي أخبرنا أن العقد ليس بيعاً، ولا هو تجارة، ولا هو تراضياً، ولا ينقل ملكاً إلا حين «يستضيف إليه التفرق عن موضعهما، أو التخيير، فهذا هو البيع والتجارة».

وبمثل هذا أجاب عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾، وَالذي حمل الظاهرية على أن يجعلوا التفرقة داخلاً في عقدة البيع، وغيره هو مثل قولُه (ﷺ): «كل بيِّعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا»، حيث نفى البيع قبل التفرقة، فتكون حقيقة الشرعية معدومة قبله.

وأما غير الظاهرية فهذه الآياتُ والأحاديث وإن كانت مطلقة، وعامة شاملة لكل عقد وبيع وتجارة، إلا أنها مقيدة.

أو مخصصة بالأحاديث التي ذكروا الإثبات خيار المجلس، جمعاً بين الأدلة، فيكون المراد من العقود والتجارات والبيوع ـ العقود والتجارات والبيوع اللازمة، ولا تكون كذلك حتى يكون التفرقة بالأبدان عن مجلس العقد، أو اختيار البيع. =

....

= قال المثبتون لخيار المجلس: وهذه الأحاديث التي ذكرنا ظاهرة فيه بل تكاد تكون نصوصاً قاطعة دافعة، ولكنكم تعسفتم في تأويلها، وحملتموها على غير محملها؛ خروجاً بالكم عن مواضعه، فاضطررتمونا بهذا إلى منازلتكم في معركة، الحق فيها في جانبنا واضح قوي.

والظاهر من صنيعكم أيها المانعون بأحاديث خيار المجلس هذا الصنيع، وتأويلها مثل هذا التأويل الذي إليه تذهبون؛ أنكم لما وجدتم سندها بالغاً من الصحة مبلغاً شأوه بعيد على من رام أن يجرحه، أو يجد فيه مغمز الغامز أردتم أن تجرحوها من جهة المتن والدراية.

فقلتم مرة: أحاديث مضطربة لروايتها بروايات مختلفة، فيها زيادة وفيها نقص، ولعمرو الله، ما سلمت لكم هذه الدعوى؛ فإن القدر الذي به يثبت خيار المجلس ـ قد اتفقت عليه كل الأحاديث، وما في بعضها من زيادة فهي زيادةٌ لا تضر.

ومرة أخرى حملتموها على غير محملها، قاطعين بذلك طوراً، وظانين طوراً آخر. ذهبتم هذا المذهب الصعب؛ لكن توهموا عدم صلاحية هذه الأحاديث المقطوع بصمتها البالغة حد الشهرة لتقييد إطلاق الآيات التي احتججتم بها لنفي خيار المجلس، ونحن سنبين لكم بياناً فوق بيان أنها صالحة لهذا؛ لأنها ظاهرة إن لم تكن قاطعة في إثبات خيار المجلس، فنقول والله تعالى هو المستعان:

قولكم: إن المراد من المتبايعين في الحديث المتشاغلان بالبيع، لا من تم البيع بينهما، وإن هذا الإطلاق إطلاق حقيقي، لأن إطلاقه للوصف حال الاتصاف، ولأنه يفهم من قول القائل ـ زيد وعمرو هناك يتبايعان ـ أنهما يتشاوران في البيع، ويتراوضان فيه على جهة التبادر، وهي أمارة الحقيقة.

قولكم: هذا باطل مناف للعرف واللغة. أما منافاته للعرف فظاهر؛ لأن العرف يفرق بين المتبايعين، وبين المتشاغلين بالبيع المتساومين فيه، وأما أنتم فلم تفرقوا، وجعلتم الكل شيئاً واحداً. وأما منافاته للغة، فلأنكم تزعمون أن إطلاق المتباعين على المتشاغلين حقيقة؛ لأنه إطلاق للوصف حال الاتصاف، وهذا منكم مغالطة ظاهرة؛ لأن هذا الوصف مشتقٌ من البيع، والبيع حقيقة مركبة من ركنين: الايجاب، والقبول، فما دام لم يوجد القبول لم توجد حقيقة البيع، فيكون إطلاق المتبايعين على المتساومين حينئذ إطلاقاً للوصف قبل الاتصاف؛ وهو مجاز باتفاق.

يقول الإمام الشافعي (رضي الله عنه): «وقد حمل بعض الناس الحديث على التفرقة في الكلام، وهذا محال لا يجوز في اللسان إنما يكونان قبل التساوم غير متساوين، ثم يكونان متساويين قبل التبايع، ثم يكونان بعد التساوم متبايعين» وناهيك بالشافعي حجة في اللغة، وثقة في النقل.

ثم لو سلم لكم أن إطلاق المتبايع على المتساوم حقيقة ـ لكان هذا اللفظ ـ المتبايعان ـ مجازاً من وجه آخر؛ لأن الثابت قبل قبول القابل بائع واحد لا بائعان، فلو جاريناكم، وسلمنا لكم كذلك أن إطلاق هذا الوصف على من تم بينهما البيع مجاز ـ لكان مجازنا خيراً من مجازكم؛ وأولى منه بأن يحمل الحديث عليه؛ لأنه مَجَازٌ مشهورٌ.

وقد حاول الكمال أن يجعل إطلاق المتبايعين على المتشاغلين بالبيع بعد صدور الإيجاب، وقبل القبول من قبيل الاطلاق الحقيقي لا المجازي، فقال ما معناه: لأن البيع من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بوجود جزء من معنى اللفظ؛ لعدم تصور اجتماع أجزائها في الوجود دفعة واحدة؛ لأن من المصادر السيالة التي تنقضي أجزاؤها أولاً بأول، وإلا تصدق الحقيقة بوجود جزء منها لم توجد لها حقائق ألبتة، وهذا ما يأباه العقل، واللغة، والعرف. =

....

= وذلك لأن البيع ـ هو الإيجابُ والقبولُ، ولا يتصور اجتماعهما معاً، فإذا أوجب البيع أحدهما ولم يقبل الآخر بعد يقال: وجدت حقيقة البيع، وحيث وجدت الحقيقة صدق على كل من المتشاغلين أنه بائع حينئذ.
نظير ذلك المخبر لا حقيقة له إلا حال النطق بالخبر؛ لأنها حال المباشرة، وأجزاؤه لا تقوم به دفعة واحدة؛ لتصدق حقيقته حال قيام المعنى، بل على التعاقب.
«وهذا في يقيني قياس مع الفارق؛ لأن البيع مثلُ الإخبارِ الأول حقيقته ربط القبول بالإيجاب، والثاني حقيقته ربط الخبر بالمبتدأ، والبائع مثل المخبر. فكما لا يسمى المتكلم بالمبتدأ مخبراً؛ لعدم وجود الربط بعد كذلك لا يسمى الموجب بائعاً؛ لعدم الربط. ولكن إذا شرع في التكلم بالخبر سمي مخبراً؛ لوجود الربط الذي هو حقيقة الإخبار. كذلك إذا شرع القابل في القبول سمي بائعاً؛ لوجود حقيقة البيع، وهي ربط القبول بالإيجاب، وسمي الموجب أيضاً بائعاً حينئذ؛ لتنزيل كلاميهما منزلة كلام واحد.
قلنا أن نختار أن حقيقة البيع إنما هي في حال قبول القابل فقط وأن إطلاق البائع على كلٍّ منهما قبله وبعده مجاز. لا يقال: إن قصور خيار القبول حينئذٍ ممكن بأن يرجع الموجب أو القابل في حال ينطق بالقبول عن قوله، لأنا نقول مثل هذا بعيد جداً لوجازة زمن النطق بالقبول، فلا تحمل عليه أحاديث خيار المجلس.
بقي أن يقال: ما دمنا قد اخترنا أن إطلاق البائع على كلٍّ منهما بعد البيع وقبله مجاز، فما المرجح، لأنه يراد من المتبايعين في الحديث مَنْ تم البيع بينهما، حتى يكون محمولاً على خيار المجلس؟ ولماذا لم يكن الأمر بالعكس بأن يراد منهما من لم يتم البيع بينهما، ولكنهما يتشاغلان به، حتى يكون الحديث محمولاً على خيار القبول؟؛ لأنا نقول: المرجح موجود؛ لأن المجاز الأول مشهور بخلاف الثاني، والمشهور مقدم على غير المشهور، بل الصاحبان من الحنفية يقدمانه على الحقيقة غير المستعملة».
«بقي قول الكمال: إنه يفهم بطريق التبادر من قولنا: زيد وعمرو هناك يتبايعان؛ أنهما يتشاغلان بالبيع ويتراوضان فيه، والتبادر أمارة الحقيقة.
قلنا: ألا نسلم أن التبادر دائماً أمارة الحقيقة، وإنما هذا عند التجدد عن القرائن. فإنه قد يتبادر المعنى المجازي لقرينة دالة عليه. والتبادر هنا نشأ عن القرينة الحالية؛ لأن حالة المباشرة التي من أجلها يطلق لفظ البائع على كل منهما حقيقة ـ حالةٌ يسيرةٌ جداً هي حالةُ النطق بالقبول على ما بينا، وزمنها لا يسع مجيء المتكلم من عند البائعين، وتكليم المخاطب بهذا القول. فبالضرورة يفهم من قوله: ـ هناك يتبايعان ـ أنهما يتراوضان فيه» بعد هذا التحقيق الذي تنهار له كلُّ اعتراضات الحنفية، والمالكية على الجمهور في استدلالهم بأحاديث الخيار على أن المراد من خيار المجلس ـ نرجع إلى ما كنا فيه من دحض اعتراضاتهم تفصيلاً من قبل الجمهور.
قلتم أيها المنكرون لخيار المجلس حين أوردنا عليكم أن حمل الحديث على خيار القبول يجعلُه عديم الجدوى؛ لأن كل واحد يعرف بالعادة والعرف: إن العاقدين ما دام لم يوجد القبول هنا بالخيار؛ إن شاءا عقدا البيع، وإن شاءا لم يعقداه، قلتم: بل الفائدة محققة، وهي دفع توهم أن القابل ملزم بالبيع بمجرد إيجاب الموجب للرضا السَّابق.
وهذا توهم لا أصل له؛ لأن عرف الناس في المعاملة على خلافه، ولو فرض حصول هذا التوهم عند بعض الناس فهو من قبيل النادر جداً، ولا يحصل إلا لمن جهل العرف والعادة، وإذا جهلهما فهو بالحديث أشد جهلاً. =

....

= وقلتم: إن المراد بالتفرق تفرقُ الأقوال. وضربتم لذلك الأمثال، زاعمين أنه يطلق حقيقة عليه أيضاً: وكيف نسلم لكم ذلك؟ وأهل اللغة الموثوق بنقلهم ومعرفتهم باللسان يفرقون بين افترق، وتفرق ـ فالأولى في الأقوال، والثانية في الأبدان.

وعلى ذلك يكون استعمال كل منهما موضع الأخرى فجازا. فإن أصررتم على أن الأصل في الاستعمال الحقيقة ـ جاريناكم، ملتمسين الترجيح من دليل آخر، والدليل بحمد الله بأيدينا، سافر قوي من الحديث نفسه، ومن عمل الصحابة وأقوالهم، بينما أنتم ليس لكم من دليل سوى الاستعمال، وهو دليل مشترك بيننا وبينكم، بل نحن أسعد خطابه منكم.

أما دليلنا من الحديث فهو ما ورد في بعض ألفاظ الحديث المروي عن ابن عمر «وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع ـ فقد وجب البيع» ومعنى وجب ثبت ولزم، فقد رتب لزوم البيع على التفرُّق وهو يدل على أن التفرقة بعد البيع، وأنه بالأبدان؛ لأن التفرقة قبل البيع يلزمُه عدم وجوده لا لزومه. فكيف والحديث نفسه يصرح بأن التفرق بعد البيع، ولا يكون بعد البيع إلا ويكون بالأبدان، ودل قوله (ﷺ): «ولم يترك واحد منهما البيع» ـ على أن للعاقد فسخ البيع بعد حصوله.

وما هو صريح في أن التفرقة في الحديث مراد منه التفرق بالأبدان ـ ما رواه البيهقي من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بلفظ: «حتى يتفرقا من مكانهما».

وأما دليلنا من عمل الصحابة وأقوالهم فهو ما وردت به بعض الروايات الصحيحة، «وكان ابن عمر (رحمه الله) إذا بايع رجلاً، فأراد ألا يقيله، قام فمشى هنيهة، ثم رجع».

وكذلك ما ورد في قصة الرجلين اللذين احتكما إلى أبي برزة من قوله: «ما أراكما افترقتما» وكان هذا القول من بعد تمام البيع، وهذا وحده كاف في أن يراد منه التفرق بالأبدان، فكيف وهو يعني به هذا المعنى أيضاً؟

فإن دفعتم بأن هذا فهم لهما في الحديث، ولسنا بملزمين به ـ قلنا: ومن المتفق عليها بيننا أن الصحابي أعلم الناس بما روى؛ لمشاهدته التنزيل وعلمه بالحادثة التي قيل فيها الحديث، فكيف ولم يعلم لهما مخالف من الصحابة؟ يقول صاحب «الفتح» «لا يعلم لابن عمر، ولا لأبي برزة مخالف من الصحابة».

وتقولون في قوله (ﷺ): «أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر» أي: اختر قبول البيع، وهذا باطل من وجوه: لأن التخيير قسيم التفرقة وهو بعد البيع كما بينا، فكذلك لتخيير زد، ولأن أحدهما شامل للبائع والمشتري على البدل ولا يتأتى هذا إلا في خيار المجلس بخلاف خيار القبول بأن الذي يمكن أن يصدر منه لفظ: «اختر» هو الموجب وحده ولأن قد ورد بعض الروايات مصرحاً في التخيير بعد البيع، نذكر منها ما روي عن جابر (رضي الله عنه) «أن النبي (ﷺ) خير أعرابياً بعد البيع» رواه الترمذي وصححه، وإذا، فقد وضح ـ والحمد لله ـ أن أحاديث الخيار محمولةٌ على خيار المجلس، بل لا تحتمل غيره، وليست كما تدَّعون محمولة على خيار القبول. وأنها لذلك صالحةٌ لتقييد إطلاق الآيات التي استدللتم بها على نفي خيار المجلس، لا سيما ودلالة العموم في هذه الآيات ظنية باتفاق؛ لأنها مقيدة بأحاديث وآيات أخر، دالة على حرمة كثير من المعاملات. ولنرجع بعد كل هذا إلى مناقشة باقي أدلة المنكرين.

أما احتجاجهم بقوله (ﷺ): «المسلمون على شروطهم»، فيسلك به مسلك الآيات فهو عام مخصوص بأحاديث خيار المجلس. =

....

= وأما احتجاجهم بحديث عمرو بن شعيب: «البيع والمبتاع بالخيار. . . الخ» فعجب عجاب أن تجعلوه دليلاً بكم وهو دليلٌ لنا عليكم؛ لأن المراد بالإقالة في الحديث إنما هو الفسخ، والدليل على هذا من وجوه.

الأول: أنه (عليه الصلاة والسلام) أثبت لكل من البيع والمبتاع الخيار ما لم يتفرقا، ثم ذكر الاستقالة، ومعلوم أن من له الخيار غير محتاج إليها، فدل ذلك على أن المراد بها الفسخ.

الثاني: أنه منع من مفارقة المجلس، خشية الاستقالة، وهي غير مختصة به، وإنما المختص به الفسخ، فكان هو المراد منها.

الثالث: أن الاستقالة باتفاق لا بد فيها من رضا الطرفين، والنهي عن مفارقة المجلس؛ خشية الاستقالة يدل على أن لصاحبه أن يقيله بدون رضاه، وهذا لا يكون إلا في الخيار، فحملت الاستقالة عليه.

وأما استدلالكم بحديث ابن عمر (رضي الله عنه): «كنا مع النبي (ﷺ) في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر. . . الحديث» فيرد عليه أنه وإن لم يحصل تفرق، فمن الجائز أن يكون النبي (ﷺ) خير عمر، وليس بلازم أن يذكره الراوي؛ كما أنه لم يذكر الثمن مع أنه لا بد منه، هكذا قال بعضهم، وفيما قاله نظراً؛ لأن الثمن ركن من أركان البيع، فذكر البيع وحده متضمن لذكره، وليس كذلك التخيير.

ولأن هذه القصة لا يخلو أمرها من أن تكون قبل حديث الخيار، فيكون قد نسخها أو بعده، فيكون الخيار معلوماً غير محتاج للنصّ عليه من الراوي.

وأفضل من هذا أن يقال: لو فرض وأن الرسول (ﷺ) لم يخير عمر، فتصرفه بالهبة بعد البيع لا يدل على نفي خيار المجلس، لأنه أنس الرضا من عمر؛ بدليل أنه كان يود أن يهبه البكر بدون مقابل.

وأما قولكم: نهى النبي (ﷺ) عن بيع الغرر، ومن الغرر أن يثبت لهما خيار لا يعرفان متى ينتهي؟ - فمردود بأنه وإن كان مجهول الأمر، لكن لكل واحد منهما أن يغير صاحبه فيختار، إما إِمضاء البيع، وإما فسخه. فما عليه إن كان يريد إمضاءه إلا أن يمشي بضع خطوات، فينقطع الخيار، ويلزم البيع الطرفين.

فمثل هذه الجهالة اليسيرة مفتقر شرعاً؛ لأنها لا تفضي إلى نزاع، ولا توقع في ضرر لا مخرج منه، سيما والعادة قاضية بأن مجلس العقد لا يدوم طويلاً، بل هو فترة وجيزة يتفرقان بعدها، فقول أبي حنيفة (رحمه الله) - أرأيت لو كانا في سفينة - فهو - فضلاً عن كونه معارضة للحديث بالرأي - من الصُور النادرة على أن لهما مخرجاً آخر غير التفرق هو التخيير.

وعلى هذا، فخيار المجلس يفارق خيار الشرط إذا كان مجهول الأمد؛ لأنه قد يطول فيفضي إلى المضارة والشحناء، وليس في مقدور واحد منهما أن يلزم البيع بفعله في كل حال كخيار المجلس.

هذا، وأما استدلالكم بأثر عمر (رضي الله عنه) - البيع صفقة أو خيار - فهو فضلاً عن كونه لا يعارض الحديث؛ لأنها أحق منه بأن تتبع، ولا حجة في قول أحد مع قول رسول الله (ﷺ)، وفضلاً عن أن جماهير الصحابة على خلافه، وفضلاً عن كونه غير مروي عنه من طريق تصح، وفضلاً عن كونه روي عنه هو نفسه ما يخالفه، فضلاً عن هذا لكن هو غير معارض للحديث، بل مؤول بما يوافقه.

فقد أوَّله ابن حزم بما يوافق مذهبه من أن البيعَ غير صحيح، حتى يكون التفرق أو التخيير، حيث أول الصفقة بما تم من البيع بالتفرقة، والخيار بما تم منه بالتخيير. وأوَّله صاحب «المغني» من الحنابلة بأن البيع نوعان: نوع شرط فيه الخيار، ونوع لم يشرط فيه وهو الصفقة، وهذا لا ينافي ثبوت خيار المجلس؛ لأنه يثبت بغير الشرط. وسماه صفقة؛ لقصر مدة الخيار فيه، فكأنه تم بمجرد التصافق.

فصل [في بيان ما يكره من البياعات]

وأما بيَان ما يكره من البياعات وما يتصل بها: فأما البياعات المكروهة فمنها التفريق بين الرَّقيق[١] في البَيْع.

والأصل فيه ما روي عن رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ أنه قال: **«لاَ تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا»**[٢] والتفرق بينهما تَوْلية، فكان منهياً.

= والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة النافين من الكتاب والسنة، فما علينا إلا أن نناقش أدلتهم من المعقول.
فأولاً ـ يرد على قياسهم البيع على النكاح؛ بأنه قياس مع الفارق.
١ ـ لأن المال غير مقصود في النكاح لذاته، بخلاف البيع، والمال هو الذي ·هد فيه المكايسة والشح.
٢ ـ رد البيع ينقل ملك الرقبة، والنكاح لا يبيح إلا ضرباً من الانتفاع، وملك الرقبة أقوى، فالاحتياج فيه إلى التروي أكثر من النكاح.
٣ ـ ثبوت الخيار في النكاح بعد العقدة، يضع من شأن الرجل والمرأة. ويجرح شعورهما، ويجعلهما كالسلع محلاً للأخذ والرد. وهذه فروق في نظري غير مؤثرة، ولكنا ذكرناها تبعاً للقوم.
والفرق المؤثر الصحيح في نظري هو أن عقد النكاح من العقود التي لا تدخلها الخيارات باتفاق الخصوم أنفسهم؛ لأنها على خلاف مقتضاها؛ بدليل عدم دخول الاقالة فيها، بل فلها خلاف مقصودها؛ لأن مقصودها الدوام والاستمرار.
فقياس البيع على النكاح باعتبار اللزوم بمجرد العقد ـ ليس بأدلى من قياسه عليه باعتبار عدم ـ صحَّة الإقالة. فما الذي رجح القياس الأول على الثاني؟!.
وثانياً ـ يرد على قولهم: إن في جواز الفسخ من أحدهما استقلالاً ـ جواز إبطال حق الآخر بدون رضاه ـ بأن ثبوت الحق إنما هو بالشرع، والشرع نفاه إلى انتهاء الخيار، كما قال الكمال وهو منكم.
هذا، وأما استدلالُ المالكية بإجماع أهل المدينة على العمل بخلاف موجب أحاديث خيار المجلس فهو مبنيٌ على أن إجماعهم حجة؛ ولم يوافقهم عليه غيرهم، على أن الإجماع لم يسلم لهم، فهذا ابن أبي ذئب ممن قال بمشروعية خيار المجلس، وكان يقول: يستتاب مالك، لمخالفته الحديث.
وما أدري ما هذا الإجماع، وعلماء المدينة القدامى كانوا كلهم، أو جلهم على القول بخيار المجلس؟ نذكر منهم من الصحابة: ابن عمر رأس علماء الصحابة بالمدينة، ومن التابعين ابن المسيّب كبير فقهاء المدينة من التابعين. نقل ذلك ابن حزم عن البخاري في طائفة كبيرة من الصحابة والتابعين.
ينظر الخيارات في البيع للشيخان، محمد مندور، وينظر المحلى (٨/ ٣٥٧)، وفتح القدير (٥/ ٨٢).

(١) في ط: الرفيق.

(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٥) كتاب النفقات: باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، من طريق زيد بن اسحاق بن جارية أن عمر بن الخطاب حين خاصم إلى أبي بكر في ابنه فقضى به أبو بكر رضي الله عنه لأمه ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا توله والدة عن ولدها. وضعفه الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٥) وسبقه ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٦٢).
وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤١٨) من طريق مبشر بن عبيد عن قتادة عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: لا توله والدة عن ولدها. =

وروي أن النَّبيَّ ـ عليه الصّلاة والسلام ـ رَأى ٱمْرَأَةً **وَالِهَةً** في السَّبي، فَسَأَلَ عَنْ شَأْنِهَا فقِيْلَ: «**قَدْ بِيعَ وَلَدُهَا**»، فَأَمَرَ بِالرَّدِّ[١].

وقال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**مَنْ فَرَّق بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ**»[٢] وهذا خرج مخْرِج الوعيد.

وروي أنه قال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**لاَ يَجْتَمِعُ عَلَيْهِمُ السَّبْيُ وَالتَّفْرِيقُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الغُلاَمُ وَتَحِيضَ الجَارِيَةُ**»[٣] ونهى عن التفريق في الصغر.

= ومبشر بن عبيد.
قال أحمد: ليس بشيء يضع الحديث.
وقال البخاري منكر الحديث.
وقال ابن عدي: ومبشر بيّن الأمر في الضعف وعامة ما يرويه غير محفوظ.
وقال الدارقطني: متروك وضعفه ابن عدي وابن معين ينظر الكامل (٦/ ٤١٧) والتهذيب (١٠/ ٣٠).
قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ١٥): وقد ذكر ابن الصلاح في مشكل الوسيط أنه يروي عن أبي سعيد وهو غير معروف وفي ثبوته نظر كذا قال وقال في موضع آخر: إنه ثابت قلت ـ أي الحافظ ـ عزاه صاحب مسند الفردوس للطبراني من حديث أبي سعيد وعزاه الحيلي في «شرح التنبيه» رزين.

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٥١٦) وسعيد بن منصور في سننه (٢/ ٢٨٩) كتاب الجهاد باب: تفريق السبي بين الوالد وولده والقربات، حديث (٢٦٥٤). والبيهقي في الكبرى (٩/ ١٢٦) كتاب السير، باب: التفريق بين المرأة وولدها وفي معرفة السنن والآثار (٧/ ٨٠) كتاب السير، باب: التفريق بين ذوي المحارم، من حديث (٥٤٧٨).
قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وتعقبه الذهبي بأنه مرسل.
وقال البيهقي: وإن كان فيه إرسال فهو مرسل حسن.

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤١٣)، والدارمي (٢/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨): كتاب السير: باب النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها، والترمذي (٣/ ٥٨٠): كتاب البيوع: باب في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين الوالدة وولدها في البيع، حديث (١٢٨٣). والدارقطني (٣/ ٦٧): كتاب البيوع، حديث (٢٥٦)، والحاكم (٢/ ٥٥): كتاب البيوع: باب من فرق بين والدة وولدها، والبيهقي في «الشعب» (١١٠٨١)، والقضاعي في مسند «الشهاب» (١/ ٢٨٩)، الحديث (٤٥٦).
والطبراني في «الكبير» (٤/ ٢١٧) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٣٩ ـ بتحقيقنا) من حديث أبي أيوب الأنصاري به.
وقال الترمذي: حسن غريب.
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.
وللحديث شاهد من حديث حريث بن سليم العدوي.
أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٨) كتاب البيوع: رقم (٢٥٧).
وفيه الواقدي وهو كذاب.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٨) كتاب البيوع، حديث (٢٥٨).

وروي أنه ـ عليه الصّلاة والسلام ـ وَهَبَ مِنْ سيدنا عليٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ غُلاَمَيْنِ صَغِيْرَيْن، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا، فَسَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ ـ ﷺ ـ عَنْهُمَا؟ فَقَالَ: «**بِعْتُ أَحَدَهُمَا، فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ ـ: بِعْهُمَا أَوْ رُدَّ**»[1] والأمر بالجمع بينهما في البيع أو رد البيع فيهما ـ دليلٌ على كراهة التفريقِ؛ ولأن التفريق بين الصغير والكبير نوع إضرار بهما؛ لأن الصَّغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن إليه، والكبير يستأنس بالصغير، وذا يفوت بالتَّفريق فيلحقهما الوَحْشَة، فكان التفريق إضْراراً بهما بإلْحَاق الوَحْشة، وكذا بين الصَّغيرين؛ لأنهما يأتلفان ويسكن قلب أحَدِهما بصاحبه، فكان التَّفريق **بينهما إيحاشا** بهما فكره؛ ولأن الصبا من أسْبَاب الرحمة قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَم ـ: «**مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيْرَنَا وَلَمْ يُوَقِّرْ كَبِيرَنَا، فَلَيْسَ مِنَّا**»[2] وفي التَّفريق ترك الرحمة فكان مكَروهاً.

ثم الكلام في كراهة التفريق في مَوَاضِع: في بيان شرائط الكراهة، وفي بيان ما يحصل به التفريق، وفي بيان صِفَة ما يحصل به التفريق إنه جائز أم لا.

أما شرائط الكراهة: فمنها صغر أحدهما، وهو أن يكون أحَدُهما صغيراً أو يكونا

= والحاكم (٢/ ٥٥).

كلاهما من طريق عبد الله بن عمرو بن حسان عن سعيد بن عبد العزيز التنوخي عن مكحول عن نافع بن محمود بن الربيع عن أبيه عن عبادة بن الصامت. فذكره بنحوه.

قال الحاكم حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وتعقبه الذهبي بأن عبد الله بن عمرو بن حسان كذاب.

قال الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٣٧):

وفي سنده عندهما عبد اللَّه بن عمرو الواقعي، وهو ضعيف، رماه علي بن المديني بالكذب، وتفرد به عن سعيد بن عبد العزيز، قاله الدارقطني، وفي صحيح مسلم من حديث سلمة بن الأكوع في الحديث الطويل الذي أوله: خرجنا مع أبي بكر مغزونا فزارة. الحديث وفيه: وفيهم امرأة، ومعها ابنة لها من أحسن العرب فنقلني أبو بكر ابنتها، فيستدل به على جواز التفريق، وبوب عليه أبو داود: باب التفريق بين المدركات.

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٦)، في كتاب البيوع، حديث (٢٥٠) وأحمد (١/ ٩٧ ـ ٩٨، ١٢٦ ـ ١٢٧) والحاكم (٢/ ٥٤).

والبيهقي (٩/ ١٢٧) كتاب السير، باب: من قال: «لا يفرق بين الأخوين في البيع».

كلهم من طريق الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي به مرفوعاً قال الحاكم: هذا حديث غريب صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢٦): ورواية شعبة لا عيب بها وهي أولى ما اعتمد في هذا الباب.

ـ ورواية شعبة عند الدارقطني والحاكم ورواية عند أحمد عن الحكم بالإسناد السابق لكن الحكم قال عنه الحافظ ثقة ثبت فقيه إلا أنه ربما دلس.

(٢) تقدم تخريجه.

صغيرين؛ فإن كانا كبيرين، لا يكره التَّفريق بينهما لما روي عن النبي - عليه الصّلاة والسلام - أنه قال: **«لاَ يَجْتَمِعُ عَلَيهِمُ السَّبْيُ وَالتَّفْرِيقُ، حَتَّى يَبْلُغَ الغُلاَمُ وَتَحِيضَ الجَارِيَةُ»**.

مد - عليه الصّلاة والسلام - النهي عن التفريق إلى غاية البلوغ، فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البُلُوغ؛ ولأن الكراهة معلولة بالإِضرار بزوال الاستئناس والشفقة وترك الرحم، وكل ذلك يخْتَص بحالة الصغر.

ومنها الرَّحم وهو القرابة؛ فإن كانا أجنبيين لم يكره التَّفريق بينهما.

٣/١١٨ب ومنها **المحرمية** وهو أن يكونا ذوي رحم/ محرم؛ بأن كان بينهما قَرابة محرمة للنكاح، فلا يكره التفريق بين ابني العم ونحو ذلك؛ لأن القرابة[1] المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل، فكانت منشأ الشفقة والأنس بخلاف سائر القرابات؛ وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحُرمة الرِّضاع والمصاهرة؛ لانعدام معنى الشفقة والأنس، لعدم دليلهما وهو القَرَابة.

ومنها: أن يكون مالكهما واحد بأي سَبَب مَلَكَهما؛ بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية، حتى لو كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك ولده الصغير - فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر، وكذا لَوْ كان له ولدان صغيران أحد المملوكين في ملك أحدهما والآخر في مِلْك الآخر - لا بأس للأب أن يبيع أحدهما؛ لأن الكراهة في التفريق أن يكونا في ملك واحد وإِن لم يجمعهما ملك مالك واحد - لا يقع البيع تفريقاً؛ لأنهما كانا متَفَرقين قبل البيع، وكذا إِذا كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك مكاتبه؛ لأنهما لم يجْتَمِعا في ملك شخص واحد؛ لأن المكاتب فيما يرجع إِلى الكسب ملحق بالأحْرَار، فاختلف المالك.

وإِن كان أحدهما في ملكه والآخر في ملك عبده المأذون؛ فإِن كان عليه دين مستغرق، فلا بأس للمولى أن يبيع العَبْد الذي عنده.

فأما على أصل أبي حنيفة فظاهر؛ لأن المولى لا يَمْلك كسب [عبده][2] المأذون المديون، فلم يوجد بالاجتماع في ملك مالك واحد، وعندهما: وإِن كان يَمْلكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء، فكان كالأجنبي عنه فلم يوجد الاجْتِماع معنى؛ وإِن لم يكن عليه دين، يكره للمولى أن يبيع أَحَدهما؛ لوجود الاجتماع في ملك شخص واحد. ولو كان أَحَدُهما في ملكه والآخر في ملك مُضَاربة - فلا بأس بالتفريق؛ لأن مال المضَارِب وإِن لم يكن ملك

(١) في ط: القربة.

(٢) سقط من ط.

المضارب لكن له حَقّ قوي فيه، حتى جاز بيع المضَارب من رب المال، وبيع رب المال من المضارب استِحْسَاناً، فكان رب المال بمنزلة الأجنبي، فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد.

وعلى هذا يخرج ما إذا باع جارية كَبِيرة على أنه بالخيار فيها ثَلاثَة أيام، ثم ملك ولدها الصغير في مدة الخيار ـ أنه يكره إِيجاب البَيْع في الجَارِية بالإجازة أو بالترك حتى تمضي المدَّة، بل يفسخ البيع حتى لا يحْصُل التفريق؛ لأن خيار البائع يمنع زوال السَّلعة عن ملكه، فكانت الجارية على ملكه؛ فإذا ملك ولدها الصغير، فقد اجتمعا في ملك شَخْص واحد، فكانت الإِجازة تفريقاً فيكره؛ ولو باع الجارية على أن المشتري بالخِيَار ثلاثة أيام، ثم ملك البائع ولدها الصغير في المدة ـ فلا بأس للمشتري أن يجيز البيع أو يفسخ؛ لأن الجَارِية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف؛ لأن خيار المشتري لا يمنع خروج السَّلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا، وإِنما الخلاف في دخولها في ملك المشْتَري، فلم يجتمع المملوكان في ملك شخص واحد، فلم تكن الإِجازة تفريقاً.

ولو كان الخيار للمشتري، ولها ابن عند المشتري ـ لا تكره الإِجَازَة بلا إِشكال؛ لأن الإِجازة لا تكون تفريقاً بل تَكُون جمعاً.

وأما الفسخ فكَذَلك لا يكره أيضاً.

أما على أصل أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ فلا يشكل أيضاً؛ لأن الجارية لم تدخل في ملك المشْتَري؛ لأن خيار المشتري يمنع دخول السَّلعة في مِلْكه على أصله، فلم يقع الفسخ تَفْريقاً؛ لانعدام الاجتماعي في ملكه.

وأما عندهما: فالجارية وإن دخلت في ملكه لكن الفَسْخ حقه، فالإِجبار على الإجازة إِبْطَال لحقه، وهذا لا يجوز، فكان له أن يفسخ والله أعلم.

ومنها: أن يملكهما على الكمال؛ فإن ملك من كل واحد منهما **شقصاً** منه، لم يكره أن يبيع نَصِيبه من أحدهما دون الآخر؛ لأن البيع ههنا لا يقع تفريقاً مطلقاً؛ لحصول التفريق قبله من وجه، فلا يدْخُل تحت النَّهي عن التفريق على الإِطلاق.

ومنها: أن يكون كل واحدٍ منهما محلاً للبيع عند البَيْع؛ فإن خرج أحدهما عن محلية البيع بالتَّدبير أو **الاستيلاد** ـ فلا بأس من بَيْع الآخر وإن كان فيه تفريق؛ لأنه تعذر عليه بيعهما جميعاً؛ فلو منع عن بَيْع الآخر، لتضرر به المالك، وكراهة التفريق شرعاً لدفع ضرر زائد، فلا يجوز دَفْعه بإلحاق ضرر فوقه بالمالك.

ومنها: ألاَّ يتعلق بأحدهما حق، فإن تعلق بأن لحق أحدهما/ دين؛ بأن استهلك مال ٣/١١٩أ

إنسان أو جنى جناية على بني آدم، أو اشتراهما رجلٌ فوجد بأحدهما عيباً ـ لم يكره التفريق، بل يباع بالدَّين ويدفع بالجناية ويرد بالعيب؛ لأن في المنع من التفريق دفع ضرر زائد بضَرر أقوى منه، وهو إبطال الحق، وهذا لا يجوز.

وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه إذا جنى أحدهما، يستحب للمالك أن يفدي؛ لما فيه من مراعاة الحقين ودفع الضَّرر من الجانبين، وأنه حسن عقلاً وشرعاً.

وروي عن أبي يوسف: أنه إذا اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيباً ـ يردهما جميعاً أو يمسكهما، وليس له أن يرد المعيب خاصة؛ لأنَّ رده خاصة تفريق وأنه إضرار، فصار كما إذا اشترى مصراعي باب أو زَوْجي خف أو نعل، ثم وجد بأحدهما عيباً ـ أنه ليس له أن يرد المعيب خَاصَّة؛ لكونه إضراراً بالبائع خاصة، كذا هذا.

ومنها: أن يكون مالكهما مسلماً؛ فإن كان كافراً لا يكره التَّفريق، وسواء كان المالك حراً أو مكاتباً أو مأذوناً، عليه دين أو لا دين عليه، صغِيراً أو كبيراً، وسواء كان المملوكان مسْلِمين أو كَافِرين، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً؛ لأن ما ذكرنا من الدَّلائل الموجبة لكراهة التفريق من النصوص والمعقول ـ لا يوجب الفصل.

ولو دخل حربي دار الإِسْلاَم بأمان ومعه عبدان صغيران، أو أحدهما صغيراً والآخر كبير، وهما ذوا رحم محرم، أو اشتراهما في دار الإِسلام من صاحبه الذي دخل معه بأمان، فأراد أن يبيع أحَدَهما ـ فلا بأس للمسلم أن يشتريه؛ ولو اشتراهما من مسلم في دار الإِسلام أو ذمّي أو حربي دخل بأمان من ولاية أخرى لا من ولايته ـ يكره للمسلم أن يشتري أحَدَهما.

ووجه الفرق: أن الضرورة دفعت الكَرَاهة في الفصل الأول؛ لأنه لو لم يشتر لأدخلهما في دار الحرب، فيصير عوناً لهم على المسْلِمين، وهذه الضرورة تنْعَدم في [هذا الفصل][(١)]؛ لأنه يجبر على بيعهما، ولا يمكن من إلحاقهما بدار الحَرْب فلم تتحقّق الضرورة.

ومنها: ألاَّ يرضيا بالتَّفريق، فإن رضيا لا يكره؛ بأن كان الصبي مراهقاً ورضي بالبيع ورضيت أمه فبيع برضاهما؛ لأن كراهة التفريق لمكان الضَّرر؛ فإذا رضيا به، علم أنه لا ضَرر فلا يكره، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا اجتمع مع الصَّغير في ملكِ شخص واحد قريب واحد هو ذو رحم محرم منه، فأما إذا كان معه عدد من الأَقَارب كل واحدٍ ذو رحم محرم من الصغير، فلا يخلو إما أن كانا

---

(١) في أ: الفصل الثاني.

أبوين أو غيرهما من ذَوِي الأَرحام؛ فإن كانا أبوين يكره التفريق بينه وبين أحدهما بلا خلاف، وإن كانا ممن سواهما من ذوي الرحم المحرم، فأما إن كان أحدهما أقْرب من الصَّغير والآخر أبعد منه، وأما إن كانا في القرب منه على السواء؛ فإن كان أحدهما أقرب لا بأس بالتَّفريق بين الصغير وبين الأبْعَد منهما؛ لأن شفقة الأقرب تغني عن شفقة الأبعد، فلم يكن التفريق إضراراً بالصَّغير، سواء اتَّفقت قرابة الكبيرين كالأب مع الجد والأم مع الجدّة أو الخَالة أو الخال، أو اختلفت كالأم مع العمة أو العم.

وروي عن أبي يوسف: أنه يكره التَّفريق بينه وبين أحدهما كيفما كان؛ لأن كل واحد منهما له شفقة على الصغير، وتزول بالتَّفريق وإن كان الكَبيران في القرب من الصغير شرعاً، سواء ينظر إن اتفقت جهة قرابتهما كالعمتين والخَالتين والآخرين لأب وأم أو لأب أو لأم، فالقياس أن يكره التَّفريق بين الصغيرين وبين أحدهما؛ وكذا روي عن أبي يوسف، وفي الاستِحْسَان لا يكره إذا بقي مع الصغير قريب واحد؛ لأن لكل واحدٍ منهما شَفَقة على حدة على الصغير، فلا تقوم شفقة أحدهما مقام الآخر؛ وكذا قد يختَص أحدهما بزيادة شفقة ليست في الآخر، فكان التفريق إضراراً بتفويت شفقته من حَيْث الأصل أو من حَيْث القدر، فيكره.

وجه الاستِحْسَان: أن كراهة التفريق للإضرار بالصغير بتفويت النظر، وعند اتحاد جهة القرابة والتَّساوي في القرب من الصَّغير، كان معنى النظر حاصلاً [ببقاء أحدهما][1]، بخلاف ما إذا اختلفت الجهة؛ لأن عند اختِلاف جهة القَرابة تختلف الشفقة، فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالآخر، فكان التفريق إضراراً؛ وكذلك لو ملك ستَّة أخوة أو ستة أخوات،/ ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار ـ لا بأس ببيع كل صغير مع كل كَبِير لما قلنا. ٣/١١٩ب

ولو كان مع الصغير أبوان حكماً بأن ادعياه [رجلان][2] حتى ثبت نَسَبه منهما، ثم اجتمعوا في ملك شخص واحد ـ فالقياس ألاَّ يكره بيع أحدهما لاتِّحاد جهة القرابة، وهي قرابة الأبوة كالعمين والخالين ونحو ذلك.

وفي الاستحسان يكره؛ لأن أباه أحدهما حَقِيقة، فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة، إلا أنا حكمنا بثبات نَسَبه منهما؛ لاستوائهما في الدعوة، ولكن الأب في الحقيقة أحدهما؛ فلو باع أحدهما لاحْتَمل أنه باع الأب، فيتحقق التفريق، بخلاف ما إذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما؛ لأن قرابة كل واحد منهما متحققة، فكان البيع تفريقاً بين الصغير وبين أحَدِ أبويه بيقين، فيكره.

(١) في أ: تبعاً لأحدهما.

(٢) سقط من ط.

وإن اخْتَلَفَت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخَالة والعَمَّ مع الخال والأخ لأب مع الأَخ لأم وما أشبه ذلك ـ يكره التفريق؛ لأن من يدلي بقرابة الأب إلى الصغير يقوم مُقام الأب، والذي يدلي إِليه بقرابة الأم يقوم مقام الأم، فصار كما لو كان مع الصَّغير أباً وأماً.

ولو كان كذلك يكره التَّفريق؛ **كذا هذا ولو أن امرأة سبيت** وفي حجرها بنت صغيرة، وقعتا في سهم رجل واحدٍ، والمرأة تزعم أنها بنتها ـ يكره التفريق بينهما؛ وإن كان لا يثبت نسبها بمجرَّد دعواها في سائر الأحكام؛ لأن الأخبار في كراهة التفريق وردت في حق السَّبايا، ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية إلا بقولها، فيدل على قبول قولها في حق كراهة التفريق؛ ولأن هذا من باب الديانة، وقول المرأة الواحدة في الديانات مقبول، خُصُوصاً فيما يسلك فيه طريق الاحْتِياط.

ولو كبرت الصغيرة في يد **السابي**، وقد كان وطئ الكبيرة ولم يعلم من المَرْأة المسبية إرضاع الصغيرة ـ لا ينبغي له أن يقرب البنت، وإن لم يثْبُت نسبها منها لدعوتها؛ لاحتمال أنها بنتها من النسب أو الرضاع، فلا يقربها احتياطاً، ولكن لا يمنع من قرباتها في الحُكْم؛ لأن قول المرأة الواحدة في حُقُوق العباد غير مقبول، وإن لم تكن الصغيرة في حجرها وقت السبي، فلا بأس بالتفريق والجمع بينهما في الوطء؛ لأنه إذا لم تَكُن في حجرها عند السبي، فلا دليل على كونها ولداً لها في حق الحكم، فلا يقبل قولها أصلاً.

ولو ادعى رجل من السبايا صغيراً أو صَغِيرة أنه ولده قبل قوله، وثبت نسبه منه، سواء كان قبل **الإحراز** بدار الإسلام أو بعده، بعد أن يكون قبل القِسْمة أو قبل الدخول في ملك خاص بالبَيْع وغيره؛ لأن دعوى الرجل صحيحة، ألا ترى أنه يثبت نسبه منه، فيظهر في حَقِّ كراهة التفريق، سواء كان الولد وقت السبي في يده أو لم يكن، بخلاف دَعْوة المرأة.

وكذلك لو ادعت المرأة أن الولد معها من هذا الرَّجُل وهو زوجها وصدقها ـ تثبت بينهما الزوجية بتصادقهما، ويثبت نَسَب الولد منهما، ويكره التفريق بين الصغير وبين أحدهما؛ لأنه ولدهما بإقرارهما.

ولو ادَّعى واحد من الغانمين ولداً صغيراً من السبي أنه ولده قبل القسمة أو البيع ـ صحت دعوته ويكُون ولده؛ ثم ينظر إن كان معه علامة الإسلام، كان مسلماً ولا يسترق، وإن لم يكن معه عَلاَمة الإِسلام، يثبت نسبه من المدعي ولكنه يسترق؛ لأن دعوته ـ وإِن صحَّت في حق ثبات النسب واستندت إلى وقتِ **العلوق**، لكنها لم تصحَّ ولم تستند في حق الاستِرْقاق؛ لأن فيه إبطال حق الغانمين، فلا يصدق في إبطال حق الغير.

ويجوز أن يصْدق الإِنسان في إِقراره في حق نفسه ولا يصدق في حق غيره، إذا تضمن إِبْطَال حق الغَير؛ كمن أقر بحرية عبد إنسان ثم اشتراه ـ صح الشراء وعتق عليه.

وكذا لو اشْتَراه ثم أقر بحريته، صح إِقراره في حقه حتى يعتق عليه، ولا يصح في حق بائعه، حتى لم يكن له أن يرْجِع بالثمن على بائعه، ولهذا نظائر، والله عز وجل أعلم.

فصل [في بيان ما يحصل به التفريق]

وأما ما يحصل به التفريق: فهو التَّمليك بالبيع؛ لأنه تنقطع به منفعة الأنس والشفقة؛ وكذا القسمة في الميراث والغنائم؛ لأن القسمة لا تخلو عن معنى التمليك، خصوصاً فيما لا مثل له فيحصل بها التَّفريق فيكره، ولا بأس أن يعتق أحدهما أو يكاتبه/ ؛ لأن الإعتاق ليس بتَمْليك، بل هو إِزالة للملك أو إنهاؤه، فلا يتحقق به التفريق؛ لأنه إذا أعتق يمكنه الاسْتِئْنَاس بصاحبه، والإحسان إليه، فلم يكن الإعتاق تفريقاً وكذلك الكِتَابة؛ لأن المكاتب **حر يداً** فلا تنقطع بها منفعة الأنس ونحو ذلك، فلا يكون تفريقاً والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٢٠أ

ولئن كان تفريقاً فيقع الإِعتاق فرق ضرر التَّفريق، فلا يكون ضرراً معنى؛ ولو باع أحدهما **نسمة**[1] للعتق، يكره عند أبي حَنِيفة، وعند محمد: لا يكره.

وجه قوله: أن الوفاء بالوَعْد من مكارم الأخلاق، فالظاهر من حالة المشتري إنجاز ما وعد، فيخرج التفريق من أن يكون ضرراً، لأنه يقابله نفع أعظم منه وهو العتق.

وجه قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: أن العِتْق ليس بمشروط في البيع؛ ولو كان مشروطاً، لأَوْجَبَ فساد البيع فبقي قصد الإِعْتَاق، وتنفيذ هذا القَصد ليس بلازم، فبقي البيع تفريقاً فيكره، حتى لو كان قال المشْتَري: إن اشتريته فهو حر ثم اشتراه، قالوا: **لا** يكره بالإِجْمَاع؛ لأنه يعتق بعد الشراء لا محالة، فيخرج البيع من أن يكون ضرراً.

[فصل في بيان صفة البيع الذي يحصل به التفريق]

وأما صفة البَيْع الذي يحْصُل به التفريق أنه جائز أم لا؟ فقد اختلف العلماء فيه: فقال أبو حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ: البيع جائز مفيد للحكم بنفسه، لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم.

وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: البيع فاسد في الوالدين والمولودين، وفي سائر ذوي الأرْحَام جائز.

---

(١) نسمة للعتق: إِحْيَاء له.

وقال الشافعي: البيع باطل[١] في الكل.

---

(١) الباطل من البيوع ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، والضابط فيه: أن كل ما أورث خللاً في ركنه أو حقيقته فهو مبطل له، وكذلك إن نافى حكم النهي حكمه أبطله فعقد البيع على الميتة التي ماتت حتف أنفها، والدم والحر باطل، سواء أجعلت هذه الأشياء مبيعة بأن قوبلت بالدراهم والدنانير في البيع المطلق أم جعلت مبينة من وجه وثمناً من وجه كما في بيع المقايضة، لأن مثار النهي عنها هو انتفاء حقيقة البيع من المبادلة المالية، إذ هذه الأشياء لا تعدّ مالاً.

وهذه البيوع الباطلة لا تفيد حكماً ما من أحكام البيع الصحيح فلا تستعقب انتقال ملك، ولا جواز تصرف ولا انتفاع، فيجب على كل من العاقدين أن يردّ لصاحبه ما أخذه بموجب هذا العقد من عوض، فأن تصرف فيه فقد في غير ما يملك وهذا باتفاق من الفقهاء. والبيع الفاسد كل بيع نهى عنه وكان مثار النهي فيه أمراً وراء حقيقته وأركان بأن لم يكن ناشئاً من المبيع أو أحد العاقدين، ولم يكن مجاوراً منفكاً، فهو فاسد، لا باطل ولا صحيح. فيكون النهي عنه راجعاً إلى وصف لازم للعقد، أو ما هو في حكم الوصف كالثمن والزيادة بلا عوض في عقود الربا، والشروط التي لا يقتضي العقد وفيها نفع لآدمي.

وجميع البيوع الفاسدة عند الحنفية تتخرج على هذا الأصل، وهذه البيوع باطلة عند الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء عدا الحنفية حكمها حكم ما نهى عنه لحقيقته أو لركن من أركانه.

ويرى الشافعية أن جميع البيوع التي نهى عنها للوصف اللازم باطلة كما لو رجع المنهي لذات التصرف ويسمونها فاسدة أيضاً، إذ الفساد والبطلان في العقود عندهم سواء.

فإذا تعامل المتبايعان بعقد من العقود المتقدمة فتعاملهم لغو.

لا يعتدّ به والعقد باطل، ومن يقبض منهما البدل بمقتضى هذا العقد يكون قابضاً له بغير وجه شرعي فيكون كالغاصب وتجري عليه أحكامه جاء في المجموع وغيره من كتبهم المعتبرة ما محصله: ـ

من اشترى شيئاً شراء فاسداً لشرط مفسد أو لسبب آخر لم يجز له قبضه فإن قبضه لم يملكه بالقبض، سواء أعلم فساد البيع أم لا، ولا يصحّ تصرفه فيه ببيع ولا إعتاق ولا هبة ولا غيرها، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب وكالمقبوض على سوم الشراء، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن، ويلزمه أجرته للمدة التي كان فيها في يده، سواء استوفى المنفعة أم تلقت تحت يده، لأنه مضمون عليه، غير مأذون في الانتفاع به، فيضمن أجرته كالمغصوب، وإن كان تعيب في يده لزمه أر من نقصه، وإن تلف لزمه ضمانه بلا خلاف، وفي القيمة من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب، لأنه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده.

أما الزوائد الحادثة منه فيلزمه ضمانها إذا تلفت عنده سواء أكانت منفصلة كاللبن والثمرة، والولد والصوف؛ أم متصلة بأن سمنت عنده ثم هزلت، أو تعلم صنعه ثم نسيها، وسواء أتلفت العين أم ردها، فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة عنده.

وإذا أنفق على العبد أو البهيمة المقبوضين بالبيع الفاسد لم يرجع على البائع بها لأنه متبرع.

ولو كان المقبوض ببيع فاسد جارية فوطئها المشتري، فإن كان الواطىء والموطوءة جاهلين، فلا حد للشبهة، ويلزمه المهر للبائع لأنه وطء شبهة وإن كانا عالمين لزمهما الحد إن كان اشتراها بميتة أو دم لأنه لا يملكها ولا يباح له وطؤها بالإجماع، فإن اشتراها بخمر أو شرط فاسد فلا حد لاختلاف العلماء في حصول الملك له: فإن أبا حنيفة رحمه الله يقول في هذه الحالة: إنه يملكها وإذا قلنا لا حدّ يجب المهر، =

واحتج بما روينا من الأَحَاديث الواردة للنهي عن التفريق، أو ما يجري مجرى النهي، والبيع تفريق فكان منهياً، والنهي لا يصْلُح سبباً لثبوت الملك كسائر البياعات التي ورد النهي عنها على أصله؛ فأبو يوسف إنما خصّ البيع في الوالدين والمولودين بالفساد؛ لورود الشرع بتغليظ الوَعيد بالتفريق فيهم، وهو ما روينا ولهما: أن قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [سورة البقرة، ٢٧٥] ونحوه من نصوص البيع يقتضي شرعية البيع على العموم والإطلاق؛ فمن ادعى التخصيص أو التقييد، فعليه الدليل.

وأما الأحاديث فهي محمولة على النهي عن غير البيع وهو الإضرار، فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعاً كالنهي عن البيع وقت النداء؛ وإنما حملناه على غير البيع: إما حملاً لخبر الوَاحِد على موافقة الكتاب الكريم، وإما لأن النهي لا يرد عما عرف حسنه عقلاً على ما عرف[1].

= فإن كانت ثيباً وجب مهر ثيب، وإن كانت بكراً وجب مهر بكر وأرسن البكارة أيضاً، فإن أحبلها فالولد حر للشبهة، وهل عليه ولاء؟ فيه وجهالة حكاهما الدَّارمي، والصحيح منهما لا ولاء لأنه انعقد حرًّا. وإذا اشترى شيئاً شراء فاسداً فباعه لآخر فهو كالغاصب يبيع المغصوب، فإذا انتقل إلى يد الثاني وعلم حال البيع لزمه رده إلى المالك ولا يجوز رده إلى المشتري الأول.

وحيث فسد العقد لشرط فاسد أو زيادة في العوض في الربويات أو لأي مفسد آخر، ثم أسقط المتعاقدان سبب الفساد، أو زال من نفسه، لم ينقلب العقد صحيحاً، وسواء أكان إسقاط المفسد في المجلس أم بعده: إذ قد وقع العقد باطلاً معدوماً شرعاً، فلم ينعقد ولم يوجد حتى ينقلب صحيحاً.

وبالجملة: فالشافعية قد التزموا في تخريج الفروع الفقهية النهج الذي نهجوه في القواعد الأصولية، فبعد أن قرروا في الأصول أن النهي للذات أو للوصف يبطل التصرف الشرعي، نجد أنهم في التطبيق قد عملوا بهذه القاعدة ولم ينحرفوا عنها، فحكموا ببطلان جميع التصرفات التي رجح النهي لحقيقتها أو لوصفها.

ينظر: أثر النهي في العبادات والمعاملات لشيخنا عبد المجيد فتح الله.

(١) البيع المتضمن التفريق بين مملوكين صغيرين: أحدهما ذو رحم محرم من الآخر، وكذلك إذا كان أحدهما كبيراً، إذ قد توعد النبي ﷺ من يفرّق بين الأم وولدها بأن يفرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة كما قد أمر عليه السلام في الحديث الآخر بالادراك والإرتجاع وعدم التفريق ومثار النهي فيه ما في بيع أحدهما من قطع الاستئناس والمنع من التعاهد، وفيه ترك المرحمة على الصغار، وهو قد ينفك لجواز أن يحصل الجميع بالهبة أو بيع الآخر مثلاً فهذه البيوع التي نهى عنها، وكان سبب النهي أمراً مجاوراً للعقد منفكاً عنه صحيحة مكروهة، ولا يفيد المنهي عنها فسادها، فتثبت لها الأحكام التي تثبت للبيع الصحيح، فيجب الثمن لا القيمة، ويثبت الملك قبل القبض بالعقد وذلك لأن سبب النهي أمر خارج عن صلب العقد وعن شرائط صحته، منفك عنه فلم يؤثر في إبطاله ولا في إفساده.

وعن أبي يوسف في البيع المتضمن للتفريق بين الأخوين أنه يحرم في قرابة الولاء لقوتها وضعف غيرها، وعنه أنه يحرم في جميع ذلك: لما روي من قوله عليه السلام لعليّ: أدرك أدرك، ولزيد بن حارثة: اردد، اردد؛ فإن الأمر بالادراك والرّد لا يكون إلا في البيع الفاسد. =

....

= ولأبي حنيفة ومحمّد: أن ركن البيع صور من أهله مضافاً إلى محله، والنهي إنما هو لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق، فكان كالبيع عند النداء، والجواب عن الحديث: أنه محمول على طلب الإقالة، أو بيع الآخر ممّن باع منه أحدهما.
ويرى «الكمال» أن هذه البيوع فاسدة إذ يقول إن هذه الكراهات كلها تحريمية، إذ لا نعلم خلافاً في الأثم.
ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه، والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسداً، وتلقي الجلب إذا لبس باطلاً أو يثبت له الخيار، وهذا لأن النهي مطلقة للتحريم إلا لصارف، وهذه المعاني المذكورة سبباً للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه، فأن في اعتراض الرجل على سوم الآخر بعد الركون وطيب النفس إثارةً للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك.
وشراء ما جيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين وأهل الذمة فيحرم، وكذلك البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فأنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد، فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به، كقول مالك أو منعقداً ويثبت خيار الفسخ كقول الشافعي، وكون الوصف مجاوراً أو لازماً لا ينبغي ما ذكرنا، إذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان أو الفساد، على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض، وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه، ويجب في هذه البياعات ذلك كله، غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا. ولمّا كان الركن وهو مبادلة المال بالتراضي ثابتاً جعلته فاسداً».
فهذا من الكمال يدل على أنه لا يجب أن تلتزم القاعدة المصطلح عليها في هذا المقام من حيث نصها فقط، بل يجب أن ينظر إلى روحها وإلى حقيقة المقام أيضاً، فلا يكفي أن يكون مثار النهي أمراً مجاوراً منفكاً لكي نحكم بالصحة مع الكراهة وعدم الفساد، بل لا بد أيضاً من ألاّ يوجد من المعاني المثيرة ما يفيد البطلان، أو يقتضي الفساد كهذه البياعات، فينبغي ألاّ يوقف عند حرفية الاصطلاحات خاصّه.
وهذا يدل على منشأ الخلافات الكثيرة بين الفقهاء بعد اتفاقهم على القاعدة الأصولية.
هذا ولا يفوتني أن أنبه هنا على مسألة هامة وهي أن أكثر الكاتبين يرى أن النهي في هذه البيوع مختص بالحالة التي يتحقق فيها مثار النهي وضربوا لذلك مثلاً: البيع وقت النداء كما سيأتي فقالوا: إن تبايعا واقفين أو قاعدين في الطريق وقت الأذان للجمعه توجه النهي وكره البيع لتحقق الاخلال بالسعي الواجب، وإن تبايعا ذاهبين إلى الصلاة، أو قاعدين في المسجد فلا نهي ولا كراهة تحريم.
وحقق بعضهم أن النهي في هذه البيوع عام يشمل الأحوال التي يتحقق فيها مثار النهي، والأحوال التي لا يتحقق فيها، لأن النصوص عامة ولا مخصص لها، فالنهي عن البيع عند النداء للجمعة عام يفيد حظر جميع البيوع التي تقع عنده، وإن كان سبب النهي الأمر المنفك، وهو الاخلال بالسّعي، فلا يجوز أن يقال إنه إن حصل إخلال بالسّعي: بأن تبايعا جالسين توجه النهي، وإلا فلا نهي، إذ يكون تخصيصاً بالرأي وهو لا يجوز، فالاخلال بالسّعي المعتبر حكمة حقيقية للنهي لا يلزم حصوله في كل صور النهي، أو بالأحرى هو غير منضبط ولا ظاهر، فأقيم الوقت من أول النداء إلى الصلاة مقامه فيكره كل بيع يقع مع النداء، كالسفر الذي جعل سبباً لرخصة الفطر والقصر في الصلاة، حصلت الحكمة الحقيقية وهي المشقة أو لم تحصل.
ينظر: اثر النهي في العبادات والمعاملات لشيخنا عبد المجيد فتح الله.

ومنها: البيع وقت النداء ـ وهو أذان الجمعة ـ لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [سورة الجمعة، ٩] أمر بترك البيع عند النداء نهياً عن البيع، لكن لغيره وهو ترك السعي، فكان البيع في ذاته مشروعاً جائزاً لكنه يكره؛ لأنه اتَّصل به غير مشروع وهو ترك السعي.

ومنها: بيع الحاضر للباد؛ وهو أن يكون لرَجُل طعام وعلف، لا يبيعهما إلا لأهل البادية بثمن غال، لما رُوِيَ عَنْ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ أنه قَالَ: **«لاَ يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ، يَرزُق اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»**(١) ولو بَاعَ جاز البيع؛ لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر، فلا يوجِبُ فساد البيع كالبيع وقت النداء، وهذا إذا كان ذلك يضر بأهل البلد، بأن كان أهله في **قحط** من الطَّعام والعلف؛ فإن كانوا في خَصب وسعة، فلا بأس به لانعدام الضرر.

ومنها: بيع متلقي السلع، واخْتَلف في تفسيره:

قال بعضهم: هو أن يسمع خبر قدوم قافلة **بميرة**(٢) عظيمة، فيتلقاهم الرَّجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع ما يشاء من الثمن، وهذا الشِّراء مكروه(٣) لما

---

(١) أخرجه مسلم(٣/١١٥٧): كتاب البيوع: باب تحريم بيع الحاضر للبادي، الحديث (٢٠/١٥٢٢)، وأبو داود (٣/٧٢١): كتاب البيوع والإجارات: باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، الحديث (٣٤٤٢)، والطيالسي ص: (٢٤١) في مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، الحديث (١٧٥٢)، وأحمد (٣/٣٠٧، ٣١٢، ٣٨٦، ٣٩٢) في مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، والترمذي (٣/٥٢٦): كتاب البيوع: باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد، الحديث (١٢٢٣)، والنسائي (٧/٢٥٦): كتاب البيوع: باب بيع الحاضر للبادي، وابن ماجة (٢/٧٣٤): كتاب التجارات: باب النهي أن يبيع حاضر لباد، الحديث (٢١٧٦).
وابن الجارود (٥٧٤) والحميدي (٢/٥٣٤) رقم (١٢٧٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/١١) والبيهقي (٥/٣٤٦) والبغوي في شرح السنة (٤/٢٩٢ ـ بتحقيقنا) من طريق أبي الزبير عن جابر به.
وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) ميرة: طعام يجمع للسفر ونحوه المعجم الوسيط (مير)

(٣) والأصل فيه هو ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «نهى النبي ﷺ أن يتلقى الجلب فأن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق».
وقد ذهب بعضهم إلى بطلان هذا البيع؛ للنهي عنه، ولكنهم محجوجون بالحديث نفسه، لأن النبي عليه الصلاة والسلام ـ جعلهم بالخيار إذا هبطوا السوق، ولا يكون الخيار إلا في بيع صحيح.
وقد اختلف في علة النهي، هل المقصود من دفع الضرر عن الجالب؛ لأن في الغالب يبيع بسعر أقل من سعر السوق أم المقصود هو دفع الضرر عن أهل البلد بحرمانهم من اشتراكهم في السلع المجلوبة؛ ولأنها تباع لهم بسعر أعلا مما لو هبط الجالبون أنفسهم السوق وتولوا بيعها؟ أم أن هذا النهي لا علة أصلاً بكل هو حكم تعبدي؟.
بالأخير قال الظاهرية، فأحكام الشريعة عندهم تعبد محض لا تعلل، ولا يقاس عليها، ولذلك فهم =

....

= يجعلون الخيار للجلاب. مطلقاً إذا هبطوا السوق سواء غبنوا في البيع، أو لم يغبنوا عملاً بإطلاق الحديث. وبالثاني قال المالكية، فالمنع عندهم من التلقي مقصود منه مصلحة أهل الأسواق الذين جلسوا يبتغون فضل الله، ورحمته، ويترقبون ورود أهل البضاعات إليهم؛ ليتسابقوا في الشراء منهم.

والنتيجة الحتمية لهذا الرأي أن الجالب لا حق له في فسخ البيع، إذا هبط السوق، وتبين أنه قد غبن، وهذا هو يذهب المالكية بعينه.

إلا أنهم اختلفوا، هل يجبر المتلقي على إشراكه أهل السوق في السلعة دفعاً للضرر عنهم بقدير الإمكان، أم لا يجبر؛ لأن البيع قد وقع صحيحاً، ولا ينزع من أحد ملكه قهراً عنه؟

روايتان:

وبمثل قول المالكية قال الحنفية، إلا أنهم يفترقون عن المالكية من جهة أن البائع لا يجبر على إشراك أهل السوق عندهم قولاً واحداً.

وهذا آت من جهة أنهم راعوا مصلحة المستهلكين من أهل البلد لا مصلحة التجار والممولين، كما هو رأي المالكية.

وبالأول قال الشافعية، فالمنع عندهم مقصود من مصلحة الجالب نفسه، فلو هبط السوق، وتبين أنه قد غبن في السعر ولو غبناً يسيراً، فهو بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه بالثمن المتفق عليه، فلو لم يكن هناك غبن، فلا خيار ولا حرمة.

وحجتهم على هذا أن النبي ﷺ جعل للجالب الخيار إذا هبط السوق، وما ذاك إلا لمعرفته بالسعر حينئذ، فلا يفسخ إلا إذا عرف أنه مغبون، وإلا لم يكن لهذا التقييد من فائدة.

ويفرق بعض الشافعية بين ثبوت الخيار للبائع إذا تلقاه المشتري فاشترى منه بغبن، وبين عدم ثبوته له إذا اشترى منه المشتري بغبن في الحضر بأن المشتري في الحالة الأولى غرر بالبائع، حيث أخبره بالسعر على غير حقيقته، وهذا فرق غير وجيه، لأنه لو اشترى منه فقيه كان له الخيار، ولو لم يخبره بسعر السوق، وأيضاً لو دلس البائع على المشتري في السعر في الحضر، فقال: أعطيت في هذه السلعة كذا وكذا، فصدقه المشتري، فلا خيار له، كالبخس سواء بسواء وإذا فالتعزير غير معتبر عندهم في إثبات الخيار للمغبون، وأما الحنابلة، فالظاهر من شأنهم أنهم يجعلون المقصود من النهي عن تلقي الجلب هو مراعاة المصلحتين معاً مصلحة الجلاب، ومصلحة أهل الأمصار، فجعلوا الجالب بالخيار إذا غبن غبناً فاحشاً وحرموا التلقي إذا تضرر به أهل المصر، وهذا كما هو ظاهر. أعدل المذاهب، والنص لا يفيد سوى قصر الخيار على الجلاب، والحرمة أمر وراء ذلك.

هذا ومذهب الحنفية، والمالكية القائل: أنه لا خيار للجلاب، إذا باعوا بغبن، فهبطوا السوق، وتبينوا الحقيقة مخالف لصريح النص.

ومحاولة استخراج علة خاصة من النص تتنافى وثبوت الخيار لهم محاولة تهدم النص، وهي في الوقت نفسه عكس ما هو المعروف لدى جميع العلماء من أنه يؤخذ النص بعد ثبوت صحة على أن مسلم الحكم، ثم يبحث بعد ذلك عن العلة التي تتفق وحكمه.

وقد ذهب قلة من العلماء إلى أن تلقى الركبان للشراء منهم غير محرم بحال محتجين بما رُوِيَ عن ابن عمر رضي الله عنه ـ قال: «كُنَّا نَتَلَقَّى الرُّكْبَانَ، فَنَشْتَرِيَ مِنهُمُ الطَّعَامَ، فَنَهَانَا النَّبِيُّ ﷺ ـ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى يَبْلُغَ بِهِ =

رُوِيَ عَنْ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ أنه قَالَ «**لاَ تَتَلقَّوا السِّلَعَ حَتَّى تهبط الأَسْوَاقُ**»[1] وهذا إذا كان يضر

= سَوقَ الطَّعَام»، حيث عبر بكنا نتلقى، وهي صيغة دالة على التكرار، والنبي عليه الصلاة والسلام مع معرفته بهذا لم ينكره عليهم، وإنما أنكر على المشترين أن يبيعوا الطعام حيث شروه، وأوجب عليهم أن يهبطوا به السوق أولاً، وهذا أمر وراء التلقي للركبان للشراء منهم.

وهذا مذهب ضعيف غاية الضعف؛ لأن النهي عن التلقي للشراء قد ثبت بأحاديث أخر أصح وأصرح على أنه لا مانع من العمل بموجب الحديثين معاً، فيكون التلقي للشراء منهم حرام ما، والبيع حيث الشراء حرام مراعاة للجانبين جانب الركبان، وجانب أهل الأمصار.

والذي يظهر أن هذا الحديث يصلح متمسكاً للحنفية والمالكية في قصرهم علة النهي عن تلقي الركبان على دفع الضرر عن أهل المصر؛ لأن الرسول ﷺ نهاهم عن بيع ما شروا من الجلب، حتى يهبطوا السوق، وهذا طبعاً مقصود منه مصلحة أهل الأمصار، فيكون النهي عن تلقي الركبان للشراء منهم مقصوداً من مصلحة أهل الأمصار أيضاً.

ولكنه مع ذلك متمسك ضعيف؛ لأن إثبات الخيار للركبان إذا هبطوا السوق يجعلهم مقصودين من النهي أيضاً.

ينظر: الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور، وينظر: مغني المحتاج ٢/ ٣٧، المحلى ٨/ ٤٥٠.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧): كتاب البيوع: باب تحريم تلقي الجلب، الحديث (١٧/ ١٥١٩)، وأحمد (٢/ ٤٨٧ ـ ٤٨٨)، وأبو داود(٣/ ٧١٨): كتاب البيوع والإجارات: باب في التلقي، الحديث (٣٤٣٧)، والترمذي (٣/ ٥٢٤): كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع، الحديث (١٢٢١)، والنسائي (٧/ ٢٥٧): كتاب البيوع: باب التلقي، وابن ماجة (٢/ ٥): كتاب التجارات: باب النهي عن تلقي الجلب، والبيهقي (٥/ ٣٤٨): كتاب البيوع: باب النهي عن تلقي السلع.

وهو عند البخاري (٤/ ٣٧٣): كتاب البيوع: باب النهي عن تلقي الركبان، الحديث (٢١٦٢) مختصراً بلفظ: «نهى النبي ـ ﷺ ـ عن التلقي، وأن يبيع حاضر لبلد».

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وفي الباب عن ابن مسعود قال: نهى النبي ـ ﷺ ـ عن تلقي البيوع» أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٣): كتاب البيوع: باب النهي عن تلقي الركبان الحديث (٢١٦٤)، ومسلم (٣/ ١١٥٦): كتاب البيوع: باب تحريم تلقي الجلب، الحديث (١٥/ ١٥١٨).

وأحمد (١/ ٤٣٠) والترمذي (٣/ ٥٢٤) كتاب البيوع: باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع حديث (١٢٢٠) وابن ماجة (٢/ ٧٣٥) كتاب التجارات: باب النهي عن تلقي الجلب حديث (٢١٨٠) وأبو يعلى (٨/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨) رقم (٤٩٩٠).

وعن ابن عمر «أن رسول الله ـ ﷺ ـ نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق».

أخرجه البخاري (٤/ ٣٧٥): كتاب البيوع: باب منتهى التلقي، الحديث (٢١٦٦) و(٢١٦٧)، ومسلم (٣/ ١١٥٦): كتاب البيوع: باب تحريم تلقي الجلب، الحديث (١٤/ ١٥١٧).

وأبو داود (٣٤٣٦) والنسائي (٧/ ٢٥٧) كتاب البيوع: التلقي وابن ماجة (٢/ ٧٣٥) كتاب التجارات: باب النهي عن تلقي الجلب حديث (٢١٧٩) وأحمد (٢/ ٢٠) وابن الجارود (٥٧٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧، ٨).

بأهل البلد؛ بأن كان أهله في جَذْب وقحط؛ فإن كان لا يضرهم، لا بأس.

وقال بعضهم: تفسيره هو أن يتلقاهم فيشْتَري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد، وهذا أيضاً مكروه، سواء تضرَّر به أهل البلد أم لا؛ لأنه غرهم والشراء جائز في الصورتين جميعاً؛ لأن البيع مَشروع في ذاته والنهي في غيره، وهو الإضرار بالعامة على التفسير/ الأول، وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثاني. ٣/ ١٢٠ب

ومنها: بيع **المستام** على سوم أخيه، وهو أن يُسَاوم الرجلان، فطلب البائع بسلعته ثمناً ورضي المشتري بذلك الثمن، فَجَاء مشتر آخر ودخل على سوم الأول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن؛ لما رُوِيَ عَنْ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ أَنَّهُ قَالَ: **«لاَ يَسْتَامُ الرَّجُلُ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ، وَلاَ يَخْطُبْ عَلَىٰ خِطْبَةِ أَخِيهِ»**[1] وروي: **«لاَ يَسُومُ الرَّجُلُ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ»** والنَّهي لمعنىً في غير البيع وهو الإِيذاء، فكان نفس البيع مشروعاً فيجوز شراؤه، ولكنه يُكْره، وهذا إذا جنح البائع للبيع بالثمن الذي طلبه المشْتَري الأول؛ فإن كان لم يجنح له، فلا بأس [للمشتري][2] الثاني أن يشتريه؛ لأن هذا ليس اسْتِيَاماً على سوم أخيه، فلا يدخل تحت النهي، ولانعدام معنى الإيذاء أيضاً، بل هو بَيْع من يزيد وأنه ليس بمكروه، لما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ بَاعَ قَدَحاً وحِلْساً[3] لَهُ بِبَيْعِ مَن يَزِيدُ وما كان رسول الله ـ ﷺ ـ ليبيع بيعاً مكروهاً؛ وكذا في النكاح إذا خطب رجل امرأة وركن قبلها إليه، يكره لغيره أن يخطبها؛ لما روينا: وإن لم يركن فلا بأس به.

ومنها: بيع السلاح من أهلِ الفتنة وفي عَسَاكرهم؛ لأن بيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان وأنه منهي، ولا يكْره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره؛ لأنه ليس معداً للقتال فلا يتحقَّق معنى الإعانة.

ونظيره بيع الخشب الذي يصْلح لاتِّخاذ المزْمار؛ فإنه لا يكره وإن كره بيع المزامير.

وأما ما يكره مما يتصل بالبيوع: فمنها الاحتكار، وقد ذكرنا جملة الكلام فيه في باب الكراهية وإلحاقه بهذا الموضع أولى.

ومنها: **النجش**؛ وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه، ولكن ليسمع غيره فيزيد في ثمنه، وأنه مكروه لما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ: أَنَّهُ نَهَى عَنِ النَّجَشِ، ولأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم، وهذا إذا كان المشْتَري يطلبَ السلعَةَ من صاحبها بمثل ثمنها؛

---

(١) تقدم.

(٢) سقط من ط.

(٣) الحِلْسُ: كل ما ولى ظهر الدابة تحت الرحل والقتب والسرج، وما يبسط في البيت من حصير ونحوه تحت كريم المتاع. المعجم الوسيط (حلس).

فأما إذا كان يطْلُبها بأقل من ثمنها، فنجش رجل سلْعة حتى تبلغ إِلى ثمنها - فهذا ليس بمكْرُوه وإِنْ كان الناجش لا يريد شراءها[١]، والله عز وجل أعلم.

فصل [في حكم البيع]

وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه إلا بعد الوُقوف على تسمية البياعات في حق الحكم، فنقول وبالله التوفيق:

---

(١) النجش في اصطلاح الفقهاء: هو أن يزيد في ثمن السلعة من لا يريد شراءها ليغر من يريد شراءها، فيشتريها بأكثر من قيمتها.
وهو مأخوذ من نجش الصيد ينجشه نجشاً، إذا استثاره ليصيده، فكما أن الصائد يحتال على الصيد بعمله هذا ليقتضيه، فالناجش يحتال على المشتري، حتى يشتري السلعة بأكثر مما تستحق.
فالفعل يدل لغة وشرعاً على الاحتيال، والمكر، والخداع. ومعنى خيار النجش وعلى هذا ثبوت حق فسخ البيع للمشتري في كل بيع قد غر فيه.
والنجش في البيع حرام باتفاق الفقهاء إذا أدى إلى بيع السلعة بأكثر من قيمتها؛ للنهي عنه، فقد صح عن رسول الله - ﷺ - أنه قال «لاَ تَنَاجَشُوْا».
والمعنى فيه أنه تغرير، وتحايل، وإيقاع الأذى بالغير.
فإن لم يؤد إلى بيع السلعة بأكثر من قيمتها فهو أيضاً حرام عند الشافعية، لعموم النهي؛ ولأن المشتري يتأذى به على كل حال إذ لولا النجش لكان من الممكن أن يشتريها بأقل سعراً مما اشترى، والرسول - عليه الصلاة والسلام - يقول «دَعُوْا النَّاسَ يَرْزُقُ الله بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ».
بينما هو حلال عند الحنفية؛ لأنه يؤدي إلى نفع مسلم - هو البائع - من غير إضرار بغيره؛ لأنه الفرض. أن المشتري اشتراها بقيمتها، أو أقل.
وأكثر العلماء، على أن النجش، وإن أدى إلى بيع السلعة بأكثر من قيمتها، فهو لا يفسد البيع؛ لأن النهي راجع إلى أمر خارج عن العقد.
وقليل منهم هم الذين قالوا: إن النجش يفسد البيع؛ لأن مطلق النهي عندهم يقتضي الفساد، ويروى هذا عن أحمد، وينسبه بعضهم أيضاً إلى أهل الظاهر. والذي رأيناه لابن حزم: أن البيع صحيح، وللمشتري الخيار.
والذين قالوا إن البيع صحيح اختلفوا في إثبات الخيار للمشتري، إذا غبن.
وكل قال بموجب مذهبه في الخيار بالغبن، فلا خيار له عند الشافعية، والحنفية، وله الخيار عند الحنابلة، وابن حزم للتضليل عليه، وقال الأولون هو المقصر.
وأما المالكية، ففصلوا تفصيلاً.
فقالوا: إن ثَبَتَ علم البائع بفرض الناجش، فللمشتري الخيار لسوء نية البائع، ولأنه حينئذ يكون شبيهاً بالمدلس، وإنه لم يثبت علم البائع بفرضه، فلا خيار للمشتري؛ لأنه ليس حينئذ إلا الغبن وهو لا يوجب الخيار عندهم.
ينظر: الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

البيع في حق الحكم لا يخلو: إما أن يكون صَحِيحاً، وإما أن يكون فاسداً، وإما أن يكون باطلاً، وإما أن يكون موقوفاً، والصحيح لا يخلو: إما أن يكون فيه خيار أو لا خيار فيه.

أما البيع الصَّحيح الذي لا خيار فيه، فله أحكام لكن بعضها أصلي[(١)] وبعضها من التوابع؛ أما الحكم الأصلي فالكَلاَم فيه في موضعين: في بيان أصل الحكم، وفي بيان صفته:

أما الأول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن للحال، فلا بد من معرفة المبيع والثمن لِمعْرفة حكم البيع والأحكام المتَعلقة بهما، فيقع الكلام في موضعين:

أحدهما: في تفسير المبيع والثمن.

والثَّاني: في بيان الأَحكام المتعلقة بهما، أما الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى.

المبيع والثمن على أصل أصْحَابنا من الأسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة؛ فالمبيع في الأصل اسم لما يتعين بالتَّعيين [في البيع][(٢)]، والثمن في الأصْل ما لا يتعين بالتعيين، وإن احتمل تغير هذا الأصل بعارض؛ بأن يكون مما[(٣)] لا يحتمل التَّعيين مبيعاً كالمسلم فيه وما يحتمله ثمناً، كرَأس مال السلم إذا كان عيناً على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

وأما على أصل زفر ـ رحمه الله ـ وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: فالمبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء.

وإذا عرف هذا فالدراهم والدَّنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعيَّن في عقود المعاوضات في حق الاستحقاق وإن عينت؛ حتى لو قال، بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير، كان للمشْتَري أن يمسك المشار إليه ويرد مثله، ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصِّفة والقدر، حتى يجب عليه رد مثل المشار إليه جنساً ونوعاً وقدراً وصفة، ولو هلك المشار إليه لا/ يبطل العقد، وعلى أصلهما يتعيّن حتى يستحق البائع على المشْتَري للدَّراهم المشار إليها؛ كما في سائر الأعيان المشار إليها؛ ولو هلك قبل القبض يَبْطُل العقد، كما لو هلك سائر الأعيان وجه قولهما: إن المبيع والثمن يستعملان استعمالاً واحداً؛ قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَناً قَلِيلاً﴾ [سورة البقرة، ٤١] سمى سبحانه وتعالى المشْتَري وهو المبيع ثمناً، دل على أن الثمن مبيع والمبيع ثمن؛ ولهذا جاز أن يذْكُر الشراء بمعنى البيع،

٣/١٢١أ

---

(١) في ط: أصل.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: ما.

يقال: شريت الشيء بمعنى بعته؛ قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِم﴾ [سورة يوسف، ٢٠] أي وباعوه، ولأن ثمن الشيء قيمته وقيمة الشيء ما يقوم مقامه؛ ولهذا سمى قيمة لقيامه مقام غيره، والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه، فكان كل واحد منهما ثمناً ومبيعاً ـ دل أنه لا فرق بين الثمن والمَبِيع في اللغة، والمبيع يحتمل التعين بالتعيين فكذا الثمن، إذ هو مبيع على ما بينا.

ولنا: أن الثمن في اللغة اسم لما في الذمة؛ هكذا نُقِلَ عن الفراء وهو إمام في اللغة؛ ولأن أحَدَهما يسمى ثمناً والآخر مبيعاً في عرف اللغة والشرع. واختلاف الأسامي دليل اخْتِلاف المعاني في الأصل، إلا أنه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعاً؛ لأن كل واحدٍ منهما يقابل صاحبه، فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة، كما يسمى جزاء السَّيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء، فأما الحقيقة فما ذكرنا، وإذا كان الثمن اسماً لما في الذِّمة، لم يكن محتملاً للتعيين بالإِشارة، فلم يصح التعيين حقيقة في حق استحقاق العين، فجعل كِنَاية عن بيان الجنس المشار إليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحاً؛ لتصرف العاقل بقدر الإِمكان؛ ولأن التعيين غير مفيد؛ لأن كل عوض يطلب من المعين في المعاوضات يمكن استيفاؤه من مثله، فلم يكن التعيين في حق استحقاق العين مفيداً، **فيلغنو** في حقه، ويعتبر في بيان حق الجِنْس والنوع والصفة والقدر؛ لأن التعيين في حقه مفيد، ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حَالٍ أي شيء كان في مُقَابلتها، وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما؛ لأنها لا تتعين بالتَّعيين بحال، فكانت أثماناً على كل حال.

وأما ما سواهما من الأموال: فإن كان مما لا مِثْل له من العَدَديات المتفاوتة والذرعيات ـ فهو مبيع على كل حال؛ لأنها تتعين بالتعين، بل لا يجُوز بيعها إلا عيناً، إلا الثياب الموصوفة المؤجلة سلماً، فإنها تثبت ديناً في الذِّمة مبيعة بطريق السلم استحساناً، بخلاف القياس لحاجة الناس إلى السَّلم فيها؛ وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم يثبت ديناً في الذمة ثمناً استِحْسَاناً، وإن كان مما له مثل كالمكيلات والموزُونات والعدديات المتَقَاربة؛ فإن كان في مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير ـ فهو مَبِيع؛ وإن كان في مقابلته ما لا مثل له من الأعيان التي ذكرنا، فإنه ينظر: إن كان المكيل أو الموزُون معيناً فهو مبيع، وإن لم يكن معيناً يحكم فيه حرف البا، فما دخله فهو ثمن والآخر مَبِيع، وإن كان أحدهما معيناً والآخر موصوفاً، أو كان كل واحد منهما موصوفاً ـ فإنه يحكم فيه حرف الباء؛ فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع.

وأما الفلوس الرائجة فإن قوبلت بخِلاَف جنسها، فهي أثْمَان؛ وكذا إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد؛ وإن قُوبلت بجنسها متفاضلة في العدد، فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: هي أثْمَان على كل حال، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يتعلق بهما من الأَحكام: فمنها إنه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالإجماع، وفي العقَار اختلاف، ويجوز التصرف في الأثمان قبل القبض إلا الصَّرف والسَّلم.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن كان الثمن عيناً، لا يجوز التصرف فيها قبل القبض، وهذا على أصله مستقيم؛ لأن الثمن والمبيع عنده من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد، فكان كل واحد منهما مبيعاً، ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض؛ وإن كان ديناً فله فيه قولان: في قول: لا يجوز أيضاً؛ لما روي عن النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ» فيتناول العين والدين.

ولنا: ما روي عن عبد الله ابن سيدنا عمر ـ رضي الله عنهما ـ؛ أنه قال: «يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَبِيعُ الإِبْلَ بِالبَقِيعِ، ونَأْخُذُ مَكَانَ الدَّراهِمِ الدَّنَانير، وَمَكانَ الدَّنانير الدَّراهم؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلاَمُ: «**لاَ بَأْسَ إذا كَانَ بِسِعْرِ/ يَوْمِهِمَا وَافْتَرَقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيءٌ**»[1] وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع؛ ولأن قبض الدين بقبض العين؛ لأن قبض نفس الدين لا يتصور؛ لأنه عبارة عن مال حُكمي في الذمة، أو عبارة عن الفعل، وكل ذلك لا يتصور فيه ٣/ ١٢١ب

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٥٠ ـ ٦٥١): كتاب البيوع: باب في اقتضاء الذهب من الورق الحديث (٣٣٥٤)، وأحمد (٢/ ١٣٩)، والترمذي (٣/ ٥٤٤): كتاب البيوع: باب ما جاء في الصرف، حديث (١٢٤٢)، والنسائي (٧/ ٢٨٣) باب أخذ الورق من الذهب، وابن ماجة (٢/ ٧٦٠): كتاب التجارات: باب اقتضاء الذهب من الورق، حديث (٢٢٦٢)، وابن حبان (١١٢٨ ـ موارد)، وابن الجارود ص (٢٢٠): باب ما جاء في الربا، حديث (٦٥٥)، والدارقطني (٣/ ٢٣ ـ ٢٤): كتاب البيوع: حديث (٨١). الحاكم (٢/ ٤٤): كتاب البيوع، والبيهقي (٥/ ٢٨٤): كتاب البيوع: باب اقتضاء الذهب من الورق، كلهم من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به بزيادة «ما لم تفترقا وبينكما شيء» وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم وقال الترمذي: (لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر. وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر مرفوعاً). وقال البيهقي تفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من أصحاب ابن عمر).

قال الحافظ في التلخيص (٣/ ٢٦): وروى البيهقي من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا، فقال شعبة سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه، ورفعه لنا سماك بن حرب وأنا أفرقه ا.هـ.

وقد تعقب النووي في «المجموع» (٩/ ٣٢٩ ـ ٣٣٠) قول البيهقي فقال: وهذا لا يقدح في رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلاً وبعضهم متصلاً وبعضهم موقوفاً وبعضهم مرفوعاً كان محكوماً بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون ومحققوا المحدثين من المتقدمين والمتأخرين.

قبضه حقيقة، فكان قبضه بقبض بدَله وهو قبض الدين، فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض، وفي ذمة المقبوض منه مِثْلها في المالية، فيلتقيان قصاصاً، هذا هو طريق قبض الديون؛ وهذا المعنى لا يوجِبُ الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه؛ لأن المقاصة إنما تتحقق بالمعنى وهو المالية، والأموال كلها في معنى المَالِيَّة جنس واحد، وبه تبين أن المراد من الحديث العين لا الدين؛ لأن النهي عن بَيْع ما لم يقبض يقتضي أن يكون المَبِيع شيئاً يحتمل القبض، ونفس الدين لا يحْتَمل القبض على ما بينا، فلا يتناوله النهي بخِلاف السَّلم والصرف.

أما الصرف: فلأن كل واحدٍ من بدلي الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه؛ لأن البيع لا بد له من مبيع إذ هو من الأسْماء الإضافية، وليس أحدهما بجعله مبيعاً أولى من الآخر، فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثمناً من وجه، فمن حيث هو ثَمَن يجوز التَّصرف فيه قبل القبض كسائر الأثمان، ومن حيث هو مبيع لا يجوز، فرجحنا جانب الحُرْمَة احتياطاً.

وأما المسلم فيه: فلأنه مبيع بالنص، والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القَبْض لا يجُوز، ورأس المال ألحق بالمَبِيع العين في حق حرمة الاستبدال شرعاً، فمن ادَّعى الإلحاق في سائر الأمْوَال فعليه الدليل، وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض، وذكر الطحاوي ـ رحمه الله ـ: أنه لا يجوز، وفرق بين القرض وسائر الديون.

ووجه الفرق له: أن الإقراض إعارة لا مبادلة، ألا ترى أنه لا يلزم الأجل فيه كما في العارية، ولو كان مبادلة للزم فيه الأجل؛ وكذا لا يملكه الأب والوصِيّ والمكَاتِب والمأذون؛ وهؤلاء يملكون المبادلة؛ ولأنه لو جعل مبادلة لما جاز؛ لأنه يتمكن فيه الرِّبا وهو فضل العين على الدين ـ دل أنه إعارة، والواجب في العارية رد العين وأنه لا يحْصُل بالاستبدال.

وجه ظاهر الرواية: أن الإقْراض في الحقيقة مبادلة الشيء بمثله؛ فإن الواجب على المستقرض مثل ما استقرض ديناً في ذمته لا عينه، فكان محتملاً للاستبدال كسائر الديون، ولهذا اختص جوازه بماله مثل من المَكِيلات والموزونات والعدديات المتقاربة ـ دل أن الواجب على المستقرض تسليم مثل ما اسْتَقرض لا تسليم عينه، إلا أنه أقيم تَسْليم المثل فيه مقام تسليم العين، كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها إليه، فأشبه دين الاسْتِهْلاَك وغيره، والله عز وجل أعلم.

ومنها: أنه لا يجُوزُ بيع ما ليس عند البَائِع إلا السلم خاصة؛ لما رُوِيَ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَم» ويجوز الشراء بثمن ليس عند المشْتَري؛ لما روي أن النبي ـ ﷺ ـ «اشترى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامَاً بِثَمَنٍ لَيْسَ عِنْدَهُ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ».

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: اشْتَريت منك هذه الحنطة بدرهم **أو دينار** إلى شهر، أو

قال: اشتريت منك درهماً أو دينار إلى شَهْر بهذه الحنطة ـ أنه يجوز، لما ذكرنا أن الدراهم والدنانير أثمان على كل حال، فكان ما يقابلها مبيعاً فيكون مشْترياً بثمن ليس عنده وأنه جائز.

ولو قال: بعت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدِّينار، ووصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم، أو قال: بعت منك هذ الدِّرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة، ووصفها ولم يذكر شرائط السلم ـ لا يجوز؛ لأن الدَّراهم والدنانير أثمان بأي شيء قوبلت، فكان ما في مقابلتها مبيعاً، فيكون بائعاً ما ليس عنده.

ولا يجوز بَيْع ما ليس عند الإنسان إلا السلم خاصة، ولم يذكر شرائط السلم فلو ذكر في هذا البَيْع شرائط السَّلم، جاز عند أصْحَابنا الثلاثة؛ وإن لم يذكر لفظ السلم، ، وعند زفر: لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم.

والصحيح قولنا؛ لما ذكرنا أن السلم نوع بيع إلا أنه بيع اختص بشرائط، فإذا أتى بها فقد أتى بالسلم، وإن لم يتلفظ به، ولو تصارفَا ديناراً بدينار، أو عشرة دراهم بعشرة دراهم، أو ديناراً بعشرة بغير أعيانها ولَيْس عندهما شيء من ذلك، فاستقرضا في المجلس ثم تقابضا وافترقا ـ جاز؛ لأن الدَّراهم والدنانير أثمان عى كل حال، فكان كل واحد منهما مشترياً بثمن ليس عِنْدَه لا بائعاً، وأنه جائز إلا أنه لا بد من التقابض؛ لأنه صرف.

ولو تبايعا تبراً بتبر بغير أعْيَانهما، وليس عندهما شيء من ذلك، ثم استقرضا قبل الافتراق فتقابضا، ثم افترقا ـ ففيه روَايتان: ذكر في الصرف أنه يجوزه وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة، وذكر في المضَاربة وَجَعَله بمنزلة العروض؛ حيث قال: لا تجوز المضاربة، فعلى هذه الرواية لا يجُوز البيع، ويحتمل أن يوفق بين الروايتين؛ بأن تحمل رواية كتاب الصَّرف على موضع **يروج** التبر فيه رواج الدراهم والدنانير المضروبة، ورواية كتاب المضَاربة على موضع لا يروج رواجها.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: بعت منك هذا العَبْد بكذا كر حنطة ووصفها ـ أنه يجوز؛ لأنه جعل الحنطة الموصوفة ثمناً، حيث أدخل فيها حَرْف الباء، فيكون الآخر مبيعاً، فكان هذا بيع العبد بحنطة موْصُوفة في الذِّمة فيجرز.

ولو قال: اشتريت منك كذا كر حِنْطة ووصفها بهذا العبد ـ لا يجوز إلا بطريق السلم؛ لأنه جعل العبد ثمناً بدلالة حرف الباء، فكانت الحنطة مبيعه، فكان بائعاً ما ليس عنده ـ فلا يجوز إلا بشرائط السَّلم من الأجل، وبيان مكان الإيفاء وقبض رأس المال، ونحو ذلك عندنا، وعند زُفَر: لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر.

وعلى هذا يخرج ما إذا قَالَ: بعت منك هذه الحِنْطَة على أنها قفيز بقفيز حنطة ووصفها،

أو قال: بعت منك هذه الحِنْطَة على أنها قَفيز بقفيزي شَعِير ووصفهما ـ أن البيع جائز؛ لأنه جعل العَيْن منهما مبيعاً والدين المؤصُوف في الذمة ثمناً بإدخال حرف الباء عليه، فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق بشرط؛ لأن من شرط جواز البيع أن يكون الافتراق فيه عن عين بعين، وذلك يقبض الدين منهما؛ لأن الدين لا يتعين إلا بالقَبْض.

ولو قبض الدين منهما، ثم افْتَرقا عن المَجْلس قبل قبض العين ـ جاز، لأنهما افترقا عن عين بعين، ولو قال: اشتريت منك قفيز حنطة ووصفها بهذا القفيز من الحطنة، أو قال اشتريت منك قفيزي شعير ووصفهما بهذه الحنطة على أنها قفيز ـ لا يجوز، وإن أحضر الموصوف في المجلس؛ لأنه جَعَل الموصوف منهما مبيعاً والآخر ثمناً بقرينة حَرْف الباء، فيكون بائعاً ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يكون إلا بطريق السَّلم، ولا سبيل إلى تجويزه سلماً؛ لأن إسلام المكيل في المكيل لا يجوز.

ولو تبايعا مكيلاً موصوفاً بمكيل مؤصُوف، أو موزوناً موصوفاً بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين، بأن قال: بِعْت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة ووصفها، أو بقفيزي شعير ووصفهما، أو قال: بعت منك من سكر ووصفه **بمن**[1] سكر ووصفه، وليس عِنْدَهما شيء من ذلك، ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا ـ لا يجوز البيع؛ لأن الذي صحبه منهما حَرْف الباء يكون ثمناً والآخر مبيعاً، فيكون بائعاً ما ليس عنده، فلا يجوز إلا سَلَماً، والسلم في مثله لا يجوز لأنه إسلام المكيل في المكيل وإسلام الموزُون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين، وكل ذلك لا يجُوز، والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا يخرج الشِّراء بالدين ممن عليه الدَّين شيئاً بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه.

وجملة الكَلاَم فيه: أن الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوساً أو مكيلاً أو موزوناً أو قيمة المسْتَهلِك؛ فإن كان دراهم أو دنانير فاشترى به شيئاً بعينه ـ جاز الشراء وقبض المشتري ليس بشَرْط؛ لأنه يكون افترقا عن عين بدين، وأنه جائز فيما لا يتضمَّن ربا النّساء ولا يتضمن ههنا؛ وكذلك إن كان الدين مكيلاً أو موزوناً أو قيمة المستهلك لما قلنا.

ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيئاً بغير عينه؛ بأن اشترى بها ديناراً أو فلوساً أو هو فلوس، فاشترى بها دراهم أو دنانير أو فلوساً ـ جاز الشراء، لكن يشترط قبض المشتري في المجلس، حتى لا يَحْصُل الافتراق عن/ دين بدين؛ لأن المشتري لا يتعين إلا بالقبض. ٣/ ١٢٢ب

---

(١) المَنُّ: معيار قديم كان يكال به أو يوزن، قدره إذ ذاك رطلان بغداديان، والرطل عندهم اثنتا عشرة أوقية بأواقيهم. المعجم الوسيط (منن)

ولو كان دينه دراهم أو دنانير أو فلوساً، فاشترى بها مكيلاً موصوفاً أو موزوناً موصوفاً أو ثياباً موصوفة مؤجلة ـ لم يجز الشراء؛ لأن الدَّراهم والدنانير أثمان على كل حال؛ وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها، فلم تكن مَبِيعة فكان الآخر مبيعاً [فيكون][1] بائعاً مَا لَيْس عند الإِنْسَان، ولا يجُوز بيع ما ليس عند الإنسان إلا بطريق السلم، ولا سَبِيل إلى تجويزه بطريق السلم؛ لأن رأس المال دينٍ بخلاف الفصل الأول؛ لأن كل واحدٍ منهما ثمناً، فكان مشترياً بثمن ليس عنده، وأنه جائز لكن لا بد من التَّسليم كيلا يكون الافتراق عن دين بدين.

وإن كان الدين مكيلاً أو موزوناً، فباعه بدراهم أو بدَنَانير أو بفلوس أو اشترى هذه الأشياء بدينه ـ جاز؛ لأن الدَّراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند مقابلتها بخلاف جنسها، فكان مَنْ عليه الدين مشترياً بثمن ليس عنده، وذلك جائز لكن يشْتَرط القَبْض في المَجْلِس؛ لئلا يؤدي إلى الافتراق عن دَيْن بدين.

ولو اشترى بالدَّين الذي هو مكيل أو موزون مكيلاً أو موزوناً من خلاف جنسه ـ ينظر: إن جَعَل الدين منهما مبيعاً والآخر ثمناً؛ بأن أدخل فيه حرف الباء، وإن كان بغير عينه جاز لأنه يكون مشترياً بثَمَن ليس عنده، إلا أن القبض في المجلس شرط، فلا يكون افتراقاً عن دين بدين، وإن جَعَل الدين منهما ثمناً؛ بأن أدخل حرف الباء فيه والآخر مبيعاً لم يجز الشراء، وإن أحضر في المجلس لأنه بائع ما ليس عنده، وبَيْع ما ليس عند الإنْسَان لا يجوز إلا بطريق السلم، وإذا كان رأس المال ديناً لا يجُوز السلم.

وإن كان الدين قيمة المسْتَهلك؛ فإن كان المسْتَهلك ممَّا له مثل، فهذا والأول سواء؛ لأن الواجب باستهلاكه مثله، فإذا اشترى به شيئاً من خلاف جنسه فحكمه ما ذكرنا، وإن كان مما لا مثل له فاشترى به شيئاً بعينه، جاز وقبض المشتري ليس بشَرْط، لأَن الواجب باستهلاكه القيمة، والقيمة دراهم أو دنانير، فصار مشترياً بدين الدّراهم والدنانير شيئاً بعينه فيجُوز، ولا يشترط قبض المشتري؛ لأنه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا بَأْس به فيما لا يتضمن ربا النساء، ولو اشترى به شيئاً بغير عينه من المَكِيل أو الموزون ينظر: إن جعل ما عليه مبيعاً وهذا ثمناً؛ بأن أدْخَل عليه حرف الباء ـ يجوز الشراء؛ لأنه اشترى بثمن ليس عنده فيجوز، لكن لا بدَّ من القبض في المجلس، وإن جعل ما عليه ثمناً بأن صحبه حرف الباء لا يجوز، وإن أحْضر في المجلس؛ لأنه باع ما ليس عند الإنسان، فلا يجوز إلا بطريق السلم ولا سَبِيل إليه؛ لأن رأس ماله دين، ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدَّراهم أو الدنانير، وقضى به الحاكم[2] ـ

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: القاضي.

جاز ولا يكون القبض شرطاً؛ لأن هذا ليس شِراء بالدين بل هو نفس حقه ولو صَالَح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمة المسْتَهلك، جاز الصلح عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز بقدر القيمة، والفضل على القيمة باطل، وهي من مَسَائل الغصب نذكرها إن شاء الله تعالى.

ولو تبايعا عيناً بفلوس بأعيانها؛ بأن قال: بعت منك هذا الثوب أو هذه الحنطة بهذه الفلوس، جاز ولا يتعين، وإِن عينت بالإشارة إليها حتى كان المشتري أن يمسكها ويرد مثلها.

ولو هَلَكت قبل القبض لا يبطل البيع؛ لأنها وإِن لم تكن في الوضع ثمناً، فقد صارت ثمناً بإِصْلاَح الناس، ومن شأن الثمن ألاَّ يتعين بالتعيين.

وكذا إذا تبايعا دِرْهَماً بعينه أو ديناراً بعينه بفلوس بأعيانها، فإنها لا تتعين أيضاً كما لا تتعيَّن الدراهم والدنانير لما قلنا؛ إلا أن القبض في المجلس ههنا شرط بقاء العقد على **الصِّحة حتى لو** افترقا من غير تقابض أصلاً يبطل العقد؛ لحصول الافتراق عن دين بدين، ولو لم يوجد القَبْض إلا من أحد الجانبين دون الآخر، فافترقا ـ مضى العقد على الصحة؛ لأن المقْبُوض صار عيناً بالقَبْض، فكان افتراقاً عن عين بدين وأنه جائز إذا لم يتضمَّن ربا بالنّساء ولم يتضمن ههنا؛ لانعدام القدر المتفق والجِنْس؛ وكذا إذا تبايعا فلساً بعينه بفلس بعينه، فالفلسان لا يتعينان وإن عينا/ إلا أن القَبْض في المَجْلس شرط حتى يبطل بترك التقابض في المجلس؛ لكون افتراقاً عن دين بدَيْن. ٣/١٢٣أ

ولو قبض أحد البَدَلين في المجلس، فافْتَرَقا قبل قبض الآخر ـ ذكر الكرخي: أنه لا يبطل العقد؛ لأن اشتراط القبض من الجَانبين من خَصَائص الصرف، وهذا ليس بصرف، فيكتفي فيه بالقبض من أحد الجانبين؛ لأن به يَخْرج عن كونه افتراقاً عن دين بدين.

وذكر في بعض شروح مُخْتَصر الطحاوي ـ رحمه الله ـ: أنه يبطل لا يكونه صرفاً، بل لتمكن ربا النساء فيه؛ لوجود أحد وصفي علة ربا الفَضْل وهو الجنس وهو الصحيح، ولو تبايعا فلوساً بدراهم على أن كل واحدٍ منهما بالخيار وتقابضا وافترقا ـ بطل البيع؛ لأن الخيار يمنع انْعِقاد العقد في حق الحكم، فيمنع صحة التقابض، فيحصل الافتراق لا عن قَبض أصلاً فيبطُل البيع، ولو كان الخيار لأحدهما فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز بناءً على أن شَرْط الخيار يعمل في الجانبين جميعاً عنده، وينعدم القبض من الجانبين، وعندهما: لا يَعْمَل إلا من جانب واحد، فينعدم القبض من أحد الجَانِبين، وهذا لا يَمْنع جواز العقد والأصل المحفوظ أن العقد في حقِّ القَبْض على مراتب.

منها ما يشترط فيه التقابض وهو القَبْض من الجانبين وهو الصرف، ومنها ما لا يشترط

فيه القبض أصلاً؛ كبيع العَيْن بالعين مما سوى الذهب والفضة، وبيع العين بالعين مما لا يتضمن ربا لانساء؛ كبيع الحِنْطَة بالدراهم ونحوها، ومنها مما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين؛ كبيع الدراهم بالفلوس، وبيع العين بالدين مما يتضمن ربا النساء كبيع المكيل بالمكِيل والموزُون بالموزون إذا كان الدين منهما ثمناً، ربيع الدين بالعين وهو السلم؛ ولو تبايعا فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويتعين كل واحدٍ منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد، وكذا إذا رد بالعَيْب أو استحق.

ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله لَيْس له ذلك، وعند محمد: يتعين، ولا يجوز البيع، وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم.

ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما، أو عين أحدهما ولم يعين الآخر ـ لا يجوز في الرواية المشهورة عنهم، وعن أبي يوسف: أنه يجُوز، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن الفلس في هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الأثمان؛ فإن كان من العروض، فالتعيين في العروض شرط الجواز ولم يوجد.

وإن كان الأثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجَد؛ ولأن تجويز هذا البيع يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن مشْتَري الفلسين يقبضهما، وينقد أحدهما ويبقى الآخر عن غير ضمان، فيكون رِبْح ما لم يضمن وأنه منهي.

ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطا الخِيَار، ينبغي أن يجوز على قولهما؛ لأن الفلوس في هذه الحالة كالعروض، وعندهما لا يشترط فيها، فلم يكن الخيار مانعاً، والله عز وجل أعلم.

ولو اشترى شيئاً بفلوس كَاسِدة في موضع لا تنفق؛ فإن كانت بأعيانها جاز، وإن لم تكن معينة لم يجز؛ لأنها في ذلك المَوْضع عروض، والتعيين شرط الجواز في بيع العروض.

ومنها: أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقْبض الثمن إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يَقْبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً؛ لأن البيع عقد معاوضة، والمسَاواة في المعاوضات مَطْلوبة المتعاوضين عادة، وحق المشتري في المبيع قد تعين بالتَّعيين في العقد، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد؛ لأن الثمن في الذمة فلا يتعين بالتَّعيين إلا بالقبض، فيسلم الثمن أولاً ليتعين فتتحقق المساواة.

وإن كان المبيع غائباً عن حضرتهما، فللمُشْتَري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع؛ لأن تقديم تسليم الثمن لتتحقق المسَاوَاة، وإذا كان المبيع غائباً لا تتحقق المساواة بالتقديم، بل يتقدَّم حق البَائِع ويتأخر حق المشتري؛ حيث يكون الثمن بالقبض عيناً مشاراً إليه

والمبيع لا؛ ولأن من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشتري، فلا يؤمَر بالتسليم إلا بعد [إحضار][1] المبيع، سواء كان المبيع في ذلك المصر أو في موضع آخر؛ بحيث/ ٣/ ١٢٣ب تلحقه المؤنة بالإحضار.

فرق بين هذا وبين الرهن؛ فإن الراهن إذا امتنع من قَضَاء الدين لإحضار الرهن ينظر في ذلك: إن كان الرهن في ذلك المصْر بحيث لا يلحق **المرتهن** مؤنة في الإحضار، يؤمر بإحضَاره أولا كما في البيع؛ لجواز أن الرَّهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره، وإن كان في مَوْضع يلحقه المؤنة في الإحضار لا يؤمر المرتهن بالإحضار أولاً، بل يؤمر الراهن بقضاء الدَّين أولاً إن كان مقراً أن الرهن قائم ليس بهالك، وإن ادعى أنه هالك، وقال المرتَهن: هو قائم ـ فالقول قول المرتهن مع يمينه، فإذا حلف يؤمر بقَضَاء الدين.

ووجه الفرق بينهما: أن البيع عقد معاوضة، ومبنى المعَاوَضة على المساواة، ولا تتحقق المساواة إلا بالإحضار على ما مر، بخلاف الرهن فإنه عقد لَيْس بمعاوضة، بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة؛ كأن المرهون أمانة في يد المرْتَهن إلا أنه إذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضموناً، بل لمعنى آخر على ما عرف، وإذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضاً عن الرهن، فلا يَلْزم تحقيق المساواة بينهما بإحضار الرهن، إذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالإحْضَار.

ولو تبايعا عيناً بعين سلما معاً؛ لما ذَكَرنا أن المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة، وتحقيق المسَاواة ههنا في التسليم معاً؛ ولأن تسليم المبيع مستحق، وليس أحدهما بتقديم التَّسليم أولى من الآخر؛ لأن كل واحد منهما مبيع فيسلمان معاً.

وكذا لو تبايعا ديناً بدين سلماً معاً، تحقيقاً للمُسَاواة التي هي مقتضى المعاوضات المطلقة، ولاستواء كل واحد منهما في اسْتِحقَاق التسليم، بخلاف ما إذا تبايعا عيناً بدين؛ لأن الدين لا يَصِير عيناً إلا بالقَبْض، فلا تتحقق المساواة إلا بتسليمه أولاً على ما بينا والله عز وجل أعلم.

ومنها أن هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع.

وجملة الكَلاَم فيه: أن المبيع لا يخلو إما أن يكون أصلاً وإما أن يكون تبعاً، وهو الزوائد المتولّدة من المبيع؛ فإن كان أصلاً فلا يخلو إما أن هلك كله وإما أن هلك بعضه، ولا يخلو إما أن هلك قبل القَبْض وإما أن هلك بعده، وكل ذلك لا يخلو إما أن هلك بآفة

(١) سقط من ط.

سماوية، وإِما أن هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي؛ فإن هلك كله قبل القبض، بآفة سماوية، انفسخ البيع؛ لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثَّمن.

وإِذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتَسْليم المبيع، وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً، فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ، وإِذا انْفَسخ البيع سقط الثمن عن المشتري؛ لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن.

وكذا إذا هلك بفعل المبيع؛ بأن كان حَيَواناً فقتل نفسه؛ لأن فعله على نفسه هدر، فكأنه هلك بآفة سماوية؛ وكذا إذا هلك بفعل البَائِع يبطل البيع ويسقط الثَّمن عن المشْتَري عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا يَبْطُل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل.

وجه قوله: أنه أتلف مالاً مملوكاً للغير بغير إذنه، فيَجِب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه بعد القبض، ولا فرق سوى أن المَبِيع قبل القبض في يده، وهذا لا يمنع وجوب الضَّمان كالمرتهن إذا أتْلَف المرهون في يده.

ولنا: أن المبيع في يد البَائِع مضْمُون بأحد الضمانين وهو الثمن، ألا ترى لو هلك في يده سقط الثَّمن عن المشتري، فلا يكون مضموناً بضمان آخر؛ إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن، فإن المضْمُون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا عينه، بل عينه أمانة حتى كان كفنه ونفقته على الرَّاهن، والمضمون بالإتلاف عينه، فإِيجاب ضمان القيمة لا يؤدي إِلى كون المحلّ الواحد مضموناً بضمانين؛ لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع، وسواء كان البَيْع باتا أو بشرط الخيار؛ لأن المبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين، فيمْنَع كونه مضموناً بضمان آخر.

وإِن هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن؛ لأنه بالإِتْلاف صار قابضاً كل المبيع؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إِثْبَات يده عله وهو معنى القبض، فيتقرر عليه الثمن، وسواء كان البيع باتا أو بشَرْط الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خِلَاف، فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن.

وإن كان البيع بشرط الخيار للبَائِع أو كان البيع فاسداً ـ فعليه ضمان مثله إن كان مما له مثل، وإِن كان مما لا مثل له فعليه قيمَته/ ؛ لأن خِيَار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف، فكان المبيع على حُكم ملك البَائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة. ٣/١٢٤أ

وكذا المبيع بيعاً فاسداً مضْمُون بالمثل أو القيمة، وإِن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه؛ لأنه أتْلَف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه، فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القِيمَة، والمشتري بالخيار إِن شاء فسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع، فيتبع الجاني فيضمنه

مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال؛ وإن شاء اخْتَار البيع، فاتبع الجاني بالضمان واتبعه البائع بالثمن؛ لأن المبيع قد تعين في ضَمَان البائع؛ لأنه كان عيناً فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البائع يوجِبُ الخيار.

ثم إن اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجَانِي بالضمان وضمنه ـ ينظر: إن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن، لا يطيب له الفَضْل، لأن الفضل ربح ما لم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع، وربح ما لم يضْمَن لا يطيب؛ لنهي النبي ـ ﷺ ـ «عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ» ولما فيه من شُبْهَة الربا، فربح ما لم يملك[١] أولى، وإن كان الضمان من خلاف جنس الثمن، طاب الفضل؛ لأن الربا لا يتحقق عند اخْتِلاف الجنس؛ وإن اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وضمنه، فإن كان الضمان من جِنْس الثمن، لا يطيب له الفضل؛ لأنه ربح ما لم يضمن في حقه لا ربح ما لم يملك؛ لأن المَبِيع ملكه؛ وإن كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا. ولو كان المشتري عبداً فقتله أجنبي قبل القَبْض؛ فإن كان القتل خطأً، لا ينفسخ البيع وللمشتري خيار الفسخ والبيع لما قلنا، إلا أن ههنا إذا اختار الفَسْخ وفسخ البيع اتبع البائع عاقلة القاتل، فأخذ قيمته في ثلاث سنين، وإن اخْتَار البيع[٢] اتبع العاقلة بقيمته في ثلاث سنين.

ولو كان القتل عمداً، اختلفوا فيه على ثَلاثَة أقوال:

قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: إن المشْتَري بالخيار إن شاء فسخ البيع، وللبائع أن يقتص القاتل بعبده؛ وإن شاء اخْتَار البيع، وله أن يقتص القاتل بعبده وعليه جَمِيع الثمن.

وقال أبو يوسُف ـ رحمه الله ـ: المشْتَري بالخيار إن شاء فسخ البيع، ويعود المبيع إلى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص، ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة في ثلاث سنين، وإن شَاءَ اخْتَار البيع، وللمشتري أن يقتص[٣] وعليه جميع الثمن. وقال محمد: لا قصاص على القَاتِل بحال، والمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع، والبائع يأخذ القيمة من القاتل في ثلاث سِنِين، وإن شاء اختار البيع، واتبع القاتل بالقيمة في ثلاث سنين.

وجه قول محمد ـ رحمه الله ـ: أن العبد لم يكن على مِلْك البائع وقت القتل، بل كان على ملك المشتري، فلم ينعقد السبب موجباً القصاص للبائع وملك المشْتَري لم يكن مستقراً، بل كان محتملاً للعود إلى ملك البَائع بالفَسْخ، فلا تَثْبُت ولاية الاقتصاص لأحدهما.

---

(١) في ط: يضمن.

(٢) في ط: المبيع.

(٣) في أ: يقبض.

وجه قول أبي يوسف: أنه لا سَبِيل إلى إثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله محمد، وهو أن القتل صادف محلاً ليس بمَمْلوك للبائع عند القتل، فأما الملك فثابت للمشتري وقت القتل، وقد لزم وتقرَّر باختيار المشتري[1]، فتثبت له ولاية الاستيفاء،، ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أنه أمكن القَوْل بثبوت ولاية الاستيفاء لهما على اعتبار اختيار الفسخ، وعلى اعتبار اخْتِيار البيع.

أما على اعتبار اختيار البيع؛ فلما قاله أبو يوسُف، وأما على اعتبار اختيار الفسخ؛ فلأن فسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن، فتبين أن الجِنَاية وردت على ملك البائع فتثبت له ولاية الاقْتِصاص.

وهذا إذا هلك المبيع كله قبل القبض، فأما إِذا هَلَك كله بعد القبض فإن هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ـ لا ينفسخ البيع، والهلاك على المشتري وعليه الثمن؛ لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثَّمن، وكذلك إن هلك بفعل أجنبي لما قلنا، ويرجع المشتري على الأجنبي بضَمَانه/، ويطيب له الفَضْل؛ لأن هذا الفضل ربح ما قد ضمن. ٣/ ١٢٤ب

وإِن هلك بفعل البائع ينظر إِن كان المشتري قَبْضه بإذن البَائع أو بغير إذنه، لكن الثمن منقود أو مؤجل، فاستهلاكه واسْتِهْلاك الأجنبي سواء، وإِن كان قبضه بغير إذن البائع صار مستردّاً للبيع بالاسْتِهلاك، فحصل الاستهلاك في ضمانه، فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن؛ كما لو اسْتَهلك وهو في يده والله عز وجل أعلم. هذا إذا هلك كل المبيع قبل القَبْض أو بَعْده، فأما إذا هلك بعضه فإن كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية، ينظر: إِن كان النُّقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ـ ينفسخ العقد بقدر الهَالك، وتَسْقط حصته من الثمن؛ لأن كل قدر من المقدرات مقعود عليه، فيقابله شيء من الثَّمن، وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن، فهلاك بعضه يوجب انْفِساخ البيع وسقوط الثمن بقدره، والمشتري بالخِيَار في الباقي: إِن شاء أَخَذَه بحصته من الثمن، وإِن شاء ترك؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه.

وإِن كان النقصان نقصان وصف؛ وهو كل ما يدْخُل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض وأطراف الحيوان والجَوْدة في المَكِيل والموزون ـ لا ينفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثَّمن؛ لأن الأوصاف لا حصَّة لها من الثَّمن إلا إذا ورد عليها

---

(١) في أ: البيع.

القبض أو الجناية؛ لأنها تصير مقصودة بالقبض والجناية، فالمشْتَري بالخيار إِن شَاءَ أخذه بجميع الثَّمن، وإِن شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض.

وإِن هلك بفعل المبيع بأن جرح نفسه لا ينفسخ البيع، ولا يسْقُط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأن جنايته على نفسه **هدر**، فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف، والأوصاف لا تقابل بالثمن، فلا يسْقُط شيء من الثمن، ولكن المشتري بالخيار إِن شاء أخذه بجميع الثمن، وإِن شاء ترك لتغير المبيع؛ ولو كان المشتري حيوانين سوى بني آدم، فقتل أحدهما صَاحِب قبل القبض تسقط حصته من الثمن، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ البَاقي بحصته من الثمن وإِن شاء ترك؛ لأن فعل **العجماء** جبار؛ فكأنه اشترى حَيَوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حَتْفَ أنفه.

ولو كان المشْتَري عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض، أو كانت جارية فولدت قبل القَبْض، فكبر الولد ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض ـ فالمشتري بالخيار: إِن شاء فَسْخ البيع في الباقي وبطلت الجناية؛ لأن الفسخ إعادة إلى ملك البائع، فتبين أن القَتْل حصل في ملك البائع، فبطل؛ وإِن شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأنه لو أخذه بحصته من الثمن لصار آخذاً بجميع الثَّمن في الانتهاء، فيخير في الابْتِداء قصراً للمسافة إن شاء أخذ الحي منهما بجميع الثمن، وإِن شاء ترك.

بيان ذلك: أنه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثَّمن لا ينْفَسخ البيع في المقتول، وانفساخ البيع ارتفاعه من الأصل وعوده إلى ملك البَائع، فتبين أن عبد المشتري قتل عبد البائع، فيخاطب بالدفع أو بالفداء، وأيهما فعل قام مقام المقتول، فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن، فصار في أخذ الباقي منهما بحصَّته من الثمن في الحال آخذاً بجميع الثمن في **المآل**، فخيرناه في الابتداء للأخْذ بجميع الثمن والفسخ هذا.

وإِن هلك بفعل البائع يبطل البيع بِقَدْره، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً للبعض بالكُلّ، سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف؛ لأن الأوصاف لها حصَّة من الثمن عند ورود الجناية عليها؛ لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن والمشْتَري بالخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإِن شاء ترك لتفرق الصَّفقة عليه.

ولو اختار المشتري الأخذ فلم يقبضه حتى مَاتَ من تلك الجِنَاية أو من غيرها ـ مات على البائع ويسقط الثمن عن المشتري؛ لأن المبيع إنما يدْخُل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد؛ فإِن/ قبضه المشتري فمات من جِنَاية البائع أو غيرها، سقطت عن المشتري حصة جناية البائع، ولزمه ما بقي من الثمن. ٣/ ١٢٥أ

أما إِذا مات من الجناية، فلأن قبض الباقي وجد من المشْتَري فتقرر قبضه، فتقرر عليه ثمنه.

وكذا إِذا مات من جناية البائع؛ لأن المشتري قَبْض الباقي حقيقة، وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن في الأصل، إِلا إذا وَجَد من البائع ما ينقصه فيصير مسترداً، **والسراية** ليست فعله حقيقة، وإِنما هي صنْع الله تعالى، يعني مصنوعة، فبقي المقبوض على حكم قَبضَ المشتري فتقرر عليه ثمنه؛ ولأن قبض المشتري بمنزلة إنشاء العقد فيه؛ لأن للقَبْض شبهاً بالعقد وإِنشاء الشراء قاطع للسراية؛ كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه، ثم سَرَت إِلى النفس ومات؛ فكذلك القبض، والله عز وجل أعلم.

وإذا هلك بفعل المشتري لا يبطل البَيْع ولا يسقط عنه شيء من الثمن؛ لأنه صار قابضاً للكل بإتلاف البعض، أو لا يتمكن من إِتْلاَف البعض إلا بإثبات اليد على الكل، وهو تفسير القبض، أو صار قابضاً قَدْر المتلف بالإتلاف والباقي بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن.

ولو مات في يَدِ البائع بعد جناية المشتري ينظر: إِن مَاتَ من تلك الجناية مات على المشْتَري وعليه الثمن؛ لأنه لما مات من جنايته، تبين أن فعله السابق وقع إتلافاً للكل، فتقرَّر عليه كل الثمن، سواء منعه البائع بعد جناية المشتري أو لم يمنعه؛ لأن منع البائع بعد وُجود الإِتلاف من المشتري هدر.

وإِن مات من غير الجِنَاية؛ فإن كان البائع لم يمنعه، مات من مال المشتري أيضاً، وعليه كل الثمن لما ذكرنا أنه بالجناية صَارَ قابضاً لكل المبيع، ولم يوجد ما ينقض قبضه فبقي حكم ذلك القبض؛ وإِن كان منعه لزم المشْتَري حصّة ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقي؛ لأن البائع لما منع فقد نقض قبض المشْتَري في قدر القائم، فصار مسترداً إياه؛ فإذا هلك فقد هلك في ضَمَانه فيهلك عليه.

ولو جنى عليه البائع، ثم جنى عليه المشْتَري ـ سقط عن المشْتري حصة جناية البائع لما قلنا، ولزمه ثمن ما بقي، لأنه صَارَ قابضاً للباقي بجنايته، فتقرر عليه ثمنه؛ لأن جنايته دليل الرضا بتعييب البائع؛ فإن ابتدأ المشْتَري بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن؛ فإن برأ العبد من الجنايتين، فالمشْتَري بالخيار إِن شاء أخذه وسقطت عنه حصّة جناية البائع من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن المشتري [وإن][1] صار قابضاً بالجناية، لكن الجِنَاية فيه قبض بغير إذن البائع والثمن غير منقود، فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر، فحصلت جنايته تعييباً للمبيع، وحدوث

---

(١) سقط من ط.

العيب في المبيع قبل القبض يوجِبُ الخيار؛ فإن شاء فسخ وإن شاء ترك، وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جناية البائع من الثَّمن وهو الربع؛ لأن النصف هلك بجناية المشتري، فتقرر عليه الثَّمن وربع منه قائم فيأخذه بثمنه أيضاً، والربع هلك بجناية البائع قبل القبض فيَسْقُط عنه ثمنه.

وإن مات العبد في يد البَائِع بعد الجنايتين؛ بأن كان المشتري قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف، ثم مات في يد البائع من الجِنَايتين ـ فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن؛ لأن المشْتَري لما قطع يده، فقد تقرر عليه نصف الثمن؛ لأنه صار قابضاً بالقطع، ولما قطع البَائِع رجله فقد استرد نصف القائم من العَبْد وهو الربع، فبقي هناك ربع قائم من العبد، فإذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سَرَاية الجنايتين، فينقسم ذلك الربع بينهما نصفين، فانْكَسر الحساب بالأرباع، فيجعل كل سَهْم أربعة فيصير ثمانية، فلذلك جعلنا الحِسَاب من ثمانية، فهلك بجناية المشْتَري النِّصف وهو أربعة، وبسراية جنايته سهم، فيتقرَّر عليهم ثمنه، فذلك خمسة أثمان الثمن، وهلك بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم، فذلك ثلاثة أثمان الثمن يسقط عنه؛ لأن هلاك هذا القدر يسقط عنه، والله عز وجل أعلم.

هذا إذا جنى المشتري أولاً ثم جَنَى البائع فبرأت الجراحة أو سرت.

فأما إذا جنى البائع أولاً ثم المشتري؛ فإن برأ العَبْد فلا خيار/ للمشتري هنا؛ لما ذكرنا أن إقدامه على الجناية بعد جناية البائع دليل الرِّضا بتعييبه، فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي؛ لأنه صار قابضاً لما بقي. ٣/ ١٢٥ب

وإن مات العبد من الجنايتين، فالجواب ههنا على القلب من الجَوَاب في المسألة المتقدمة؛ وهو أن على المشتري ثَلاَثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن، فحكم جناية المشتري ههنا كحكم جناية البَائِع هناك؛ لما ذكرنا فافهم.

ولو كان الثمن مقْبُوضاً والعَبْد في يد البائع، فجنى عليه البائع ـ يسقط عن المشتري حصته من الثمن أيضاً لما ذَكَرنا؛ فإن كان المشتري جنى عليه أولاً، ثم جنى البائع ـ يلزم البائع من القيمة ما يَلْزَم الأجنبي؛ لأن المشتري صار قابضاً بالجناية، ولا يملك البائع نقض القبض والاسْتِرْدَاد ههنا؛ لأن الثمن مقبوض، فصَارت جنايته وجِنَاية الأجنبي سواء.

ولو كان البَائِع جنى أولاً ثم جنى المشْتَري، فما هلك بجناية البائع سقط حصته من الثمن، وما هلك بسراية جنايته فعليه قيمته؛ لأنَّ ما هلك بجنايته بعد جناية المشتري تجب قيمته على ما ذكرنا، فكذا ما هلك بسَرَاية جنايته، والله علم.

وإن هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لا شَكَّ فيه، والمشْتَري بالخيار إن شاء فسخ البيع

واتبع البائع الجاني بضمان ما جنى، وإن شاء اخْتَار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثَّمن، وأيهما اختار فالحُكْم فيه بعد ذلك على ما ذكرنا في إتلاف الأجنبي كل المَبيع، والله عز وجل أعلم.

هذا إذا هَلَك بعض المبيع قبل القبض، فأما إذا هلك بعض المبيع بعد القبض؛ فإن هلك بآفة سَمَاوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشْتَري ـ فالهلاك على المشتري؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقَبْضِ المشتري، فتقرر عليه الثمن؛ وكذا إذا هلك بفعل أجنبي، فالهلاك على المشتري لما قلنا، ويرجع بالضمان على الأجنبي لا شك فيه.

وإن هلك بفعل البائع ينظر إن لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن، بأن كان المشتري قبضه بإذنه، أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً ـ فهذا وما لو أتلفه أجنبي سواء، وقد ذكرنا حُكْمه.

وإن كان له حق الاسترداد؛ بأن كان قَبْضه بغير إذنه والثمن حال غير منقود ـ ينفسخ البيع في قدر المتلف ويسقط عن المشْتَري حصته من الثمن؛ لأنه صار مسترداً لذلك القدر بالإتلاف، فتلف ذلك القَدْر في ضمانه، فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مسترداً؛ لأنه لم يوجَد منه إتْلاف الباقي؛ لأنه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته من الثمن، إلا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع، فيصير مسترداً ويسْقط عن المشتري جميع الثمن؛ لأن تَلَف الباقي حصل مضافاً إلى فعله فصار مسترداً للكل، فتلف الكل في ضَمَانه فيسقط كل الثمن.

ولو اخْتَلف البائع[1] والمشتري في هَلاَك المبيع: فقال البائِع: هلك بعد القبض ولي عليك الثمن، وقال المشتري: هلك قبل القبض ولا ثمن لك علي ـ فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن البَائِع يدعي عليه القبض والثمن وهو ينكر، ولأن الظاهر شاهد للمشْتَري؛ لأن المبيع كان في يد البائع، والظاهر بقاء ما كان على ما كان، والبائع يَدَّعي أمراً عارضاً وهو الزوال والانتقال، فكان المشتري متمسكاً بالأصل الظاهر، فكان القَوْل قوله.

وإن أقام أحَدُهما البينة قبلت بينته؛ ولو أقاما جميعاً البينة يقضي ببينة البائع، لأنها تثبت أمراً بخلافِ الظَّاهرة، وما شرعت البيانات إلا لهذا؛ ولأنها أكثر إظهاراً؛ لأنها تظهر القبض والثمن فكَانَت أولى بالقبول.

وكذلك لو اختلفا في الاستهلاك: فادَّعى البائع على المشتري أنه استهلكه، وادعى المشتري على البائع أنه استهلكه ـ فالقول قول المشْتَري لما قلنا؛ هذا إذا لم يكن للبينتين تاريخ.

---

(١) في ط: البياع.

فأما إذا كان لهما تاريخ، وتاريخ أحدهما أسبق ـ فالأسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعاً.

هذا إذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهراً؛ فأما إذا كان ظاهراً فادعيا الاستهلاك، فإن لم يكن لهما بينة فالقول قول البائع؛ لأن الظَّاهر شاهد له؛ لأن المبيع في يد المشتري، وأيهما أقام البينة قبلت بينته؛ وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة المشتري؛ لأنه هو المدعي.

ألا ترى أنه يدعي أمراً باطناً/ ليزيل به ظاهراً، وهو الاسْتِهْلاك من البائع والمبيع في يده؛ وكذا المشتري لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر عليها، والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها، وهذه عبارة مشَايِخنا في تحديد المدعي والمدعى عليه، وإذا قامت بينة المشتري ينظَر إن كان في مَوْضِع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن، بأن كان المشتري قبضه بعد[1] إذن البَائع والثمن حال غير منقود ـ يسقط الثمن عن المشتري؛ لأنه بالاستهلاك صار مستردّاً وانفسخ البيع، وإن كان في موضع ليس له حق الاسترداد للحبس؛ بأن كان المشْتَري قبض المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه، لكن الثمن منقود أو مؤجل ـ فللمُشْتَري أن يضمن البائع قيمة المبيع؛ لأنه إذا لم يكن له حق الاسْتِرداد لم يكن بالاسْتهلاك مسترداً، ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستِهْلاك في ضمان البائع، فتلزمه القيمة كما لو استهلكه أجنبي، والله عز وجل أعلم.

٣/ ١٢٦أ

ولو اشترى بفُلوس نافقةً ثم كسدت قبل القَبْض ـ انفسخ عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً، وقيمته أو مثله إن كان هالكاً، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: لا يبطل البيع، والبَائع بالخِيَار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ قيمة الفلوس.

وجه قولهما: أن الفلوس في الذمة، وما في الذمة لا يحتمل الهَلاَك، فلا يكون الكساد هلاكاً، بل يكون عيباً فيها فيوجب الخيار إن شاء فَسَخَ البيع وإن شاء أخذ قيمة الفلوس؛ كما إذا كان الثمن رطباً فانقطع قبل القبض.

ولأبي حنيفة أن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمناً؛ لأن **ثمنيها** ثبتت باصطلاح الناس؛ فإذا ترك الناس التعامل بها عدداً، فقد زال عنها صفة الثمنية، ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة؛ ولو لم تَكْسَد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت، لا ينفسخ البيع بالإجماع، وعلى المشْتَري أن ينقد مثلها عدداً، ولا يلتفت إلى القيمة ههنا؛ لأن الرخص أو الغَلاَء لا يوجب بُطْلاَن الثمنية.

---

(١) في ط: بغير.

ألا ترى أن الدراهم قد ترخص وقد تَغْلو وهي على حالها أثْمَان، ثم اختلفا أبو يوسف ومحمد فيما بينهما وفي وقت اعتبار للقيمَة: فاعتبر أبو يوسف وقت العقد؛ لأنه وقت وجوب الثمن، واعتبر محمد وقت الكَسَاد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها؛ لأنه وقت العجز عن التسليم.

ولو استقرض فلوساً نافقة وقبضها فكسدت، فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عدداً في قَوْل أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: عليه قيمتها.

وجه قولهما: أن الواجب بقبض القرض رد مثل المقْبُوض، وبالكساد عجز عن رد المثل؛ لخروجها عن رد الثمنية وصيرورتها سلعة، فيَجِب عليه قيمتها كما لو استقرض شيئاً من ذوات الأمثال وقبضه، ثم انْقَطع عن أيدي الناس.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن أثر الكَسَاد في بطلان الثمنية، وأنه لا يمنع جواز الرد؛ بدليل أنه لو استقرضها بعد الكَسَاد جاز، ثم اختلفا في وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا؛ ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت، فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف؛ لما ذكرنا أن صِفَة الثمنية باقية.

ولو اشترى بدرهم فلوساً وتَقَابَضَا وافترقا، ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق ـ لا يبطل العقد؛ لأن بالاسْتِحْقَاق وإن انتقض القبض والتحق بالعدم، فيصير كأن الافتراق حصل عن قَبْض الدراهم دون الفلوس، وهذا لا يوجب بطلان العقد، وعلى بائع الفُلوس أن ينقد مثلها[1].

وكذلك إن استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا، وعلى بائع الفلوس أن ينقد مثل القدر المستحق؛ وكذلك إذا وجد المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع؛ لأن قبض أحد البدلين فيما لا يتضمن يكفي لبقاء العقد على الصِّحة، وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم.

ولو كان المشْتَري قبض الفلوس ولم ينقد الدراهم وافترقا، ثم استحقت الفلوس ـ فالمستحق بالخيار إن شاء أجاز نقد البائع فيَجُوز العقد؛ لأن الإِجازة استندت إلى حالة العقد فجاز النقد والعقد، ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها، وينقد المشتري بالدراهم لبائع الفلوس، وإن شاء لم يجُز وأخذ الفلوس وبطل العقد؛ لأنه لم لما يجز وأخذ الفلوس، فقد انتقض القبض والتَحق بالعدم/ ، فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلاً فبطل العَقْد. ٣/١٢٦ب

(١) في أ: ينقد مثل القدر المستحق.

وكذلك لو استَحقَّ بعض الفُلُوس، فحكم البعض كحكم الكل وقد ذكرناه، ولو وجد الفُلُوس كاسدة لا تروج بَطَل العقد؛ لأنه ظهر أنهما افترقا من غير قبض؛ وإن وَجَدها تروج في بَعْض التِّجارة ولا تروج في البعض، أو يأخذها البعض دون البعض ـ فحكمها حكم الدَّراهم الزائفة إن تجوز بها المشتري جاز؛ لأنها من جنس حقه أصلاً؛ وإن لم يتجوّز بها، فالقياس أن يبطل العقد في المردود قلّ أو كثر، وَهُو قول زفر، وعند أبي يوسف ومحمد: إن لم يسْتَبْدل في مجلس الرد يبطل، وإن استبدل لا يبطل، وعند أبي حنيفة: إن كان قليلاً فَاسْتَبدل لا يبطل وإن كان كثيراً يبطل على ما ذَكَرنا في السلم، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان صفة الحكم فله صِفَتان:

إحداهما **اللزوم** حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ، سواء كان بعد الافْتِراق عن المجلس أو قبله عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا يلزم إلا بعد الافتراق عن المَجْلس، وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم.

والثانية: الحلول وهو ثبوت الملك في البدَلَين في الحَال، بخلاف البَيْع بشرط الخيار؛ لأن الخيار يمنع انعقاد العَقْد في حق الحكم، فيمنع وقوعه تمليكاً للحال، وبخلاف البَيْع الفاسد؛ فإن ثُبُوت المِلْك فيه موقوف على القبض، فيصير تمليكاً عنده، والله عز وجل أعلم.

وأما الأَحْكَام التي هي من التوابع للحُكْم الأصلي للبيع: فمنها وجُوب تسليم المبيع والثمن، والكلام في هذا الحكم في مواضع:

أحدها: في بيان وجُوب تَسْليم البدلين ومَا هُو من توابع تسليمهما.

والثاني: في بيان وقت وُجُوب تسليمها.

والثالث: في تفسير التسليم والقبض.

والرابع: في بيان ما يَصِير به المشتري قابضاً للمبيع من التصرفات وما لا يصير.

أما الأول: فتسليم البدلين واجِبٌ على العَاقِدين؛ لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثَبَت وسيله إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب المِلْك في البدلين شرعاً إيجاباً لتَسْليمهما ضرورة؛ ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتَّسليم والقبض؛ لأنه عقد مبادَلَة وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحَقِيقة المبَادَلة في التسليم والقَبْض؛ لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل، وإنما قول البَيْع والشِّراء وهو الإِيجاب والقَبُول جعل دليلاً عليهما، ولهذا كان التعاطي بيعاً عندنا على ما ذكرنا، والله عزَّ وجل أعلم.

وعلى هذا تَخْرج أجرة الكيَّال والوزَّان والعدّاد والذّراع في بيع المكيل والموزون والمعدود والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومُذَارعة ـ أنها على البائع، أما أجرة الكيال والوزان؛ فلأنها من مؤنات الكيل والوَزْن، والكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم على ما نذكر، والتَّسليم على البائع، فكانت مؤنة التَّسليم عليه، والعدد في المعدود الذي بيع عدداً بمنزلة الكيل، والوزن في المَكِيل والموزُون عند أبي حنيفة، فكان من تَمَام التسليم، فكانت [مؤنته][1] على مَنْ عليه التسليم.

وعندهما: هو من بَاب تَأْكيد التَّسليم فكان من توابعه؛ كالذرع فيما بيع مذارعة، فكانت مؤنته على من عليه التَّسليم وهو البائع، وكذا أجرة وزّان الثمن على المشْتَري لما قلنا.

وأما أجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان: روى إبراهيم بن رستم عنه أنها على البائع؛ لأن حقه في الجيّد والنقد لتمييز حقه، فكانت مؤنته عليه. وروى ابن سماعة عنه: أن البائع إن كان لم يَقْبض الدَّراهم فعلى المشتري؛ لأن عليه تسليم ثمن جيد، فكانت مؤنة تسليمه عليه، ولو كان قد قَبَضها فعل البائع؛ لأنه قبض حقه ظاهراً، فإنما يطلب بالنقد إذا أدَّى، فكان النَّاقد عاملاً له، فكانت أجرة عمله عليه.

وأما بيان وقت الوجوب: فالوجوب على التوسع ثبت عَقِيب العَقل بلا فصل، وأما على التضييق فإن تبايعا عيناً بعين وجب تسليمهما معاً، إذا طَالَب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم؛ لما ذكرنا أن المسَاواة في عقد المعاوضة مطلوبة المتعاقدين عادة، وتحقيق التساوي ههنا في التسليم معاً؛ لما ذكرنا أنه ليس أحدهما بالتقديم/ أولى من الآخر، وكذلك إن تبايعا ديناً بدين لما قلنا، وإن تبايعا عيناً بدين يراعى فيه الترتيب عندنا، فيجب على المشْتَري تسليم الثمن أولاً إذا طالبه البائع، ثم يجب على البائع تسليم المبيع إذا طالبه المشْتَري؛ لأن تحقيق التساوي فيه على ما بينا فيما تقدم. ٣/ ١٢٧أ

وأما تفسير التسليم والقبض فالتَّسليم والقَبْض عندنا هو التخلية والتخلي؛ وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحَائِل بينهما، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلماً للمَبيع والمشتري قابضاً له؛ وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: القبض في الدَّار والعقار والشجر بالتخلية، وأما في الدراهم والدنانير فتناولهما **بالبراجم**[2] وفي الثِّياب بالنقل؛ وكذا في الطعام إذا اشتراه مجازفة، فإذا

---

(١) سقط من ط.

(٢) البراجم: مفاصل الأصابع. المعجم الوسيط (برجم)

اشْتَراه مكايلة فبالكيل، وفي العبد والبهيمة بالسير من مكانه وجه قوله: أن الأصل في القَبْض هو الأخذ بالبراجم؛ لأنه القبض حقيقة، إلا أن فيما لا يحتمل الأخذ **بالبراجم** أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل، وفيما لا يحتمله أقيم التَّخلية مقامه.

ولنا: أن التَّسليم في اللغة عبارة عن جعله لما خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان أي: خلص له وقال الله تعالى: ﴿وَرَجُلاً سَلَماً لِرَجُلٍ﴾ [سورة الزمر، ٢٩] أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتَسْليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يَحْصُل بالتخلية، فكانت التخلية تسليماً من البائع والتخلي قبضاً من المشتري؛ وكذا هذا في تَسْليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض، فلو تعلّق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز.

ثم لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصُل بالتخلية في سائر الأموال، واختلفوا في أنها هل هي قَبْض تام فيها أم لا؟

وجملة الكلام فيه: أن المَبيع لا يخلُو إما أن يكون مما له مثل وإما أن يكون مما لا مثل له؛ فإن كان مما لا مِثْل له من المذْروعات والمعدودات المتفاوتة، فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف؛ حتى لو اشترى **مذروعاً مذارعة** أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية ـ يخرج عن ضمان البائع، ويجوز بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف.

وإن كان مما له مثل؛ فإن بَاعَه مجازفة فكذلك؛ لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة؛ وإن باع مكايلة أو موَازَنةً في المَكِيل والموزون وخلي، فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل في ضمان المشْتَري، حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك[1] على المشتري؛ وكذا لا خِلاَف في أنه لا يجوز للمشْتَري بيعه والانْتِفاع به قبل الكَيْل والوزن.

وكذا لو اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه، ثم باعه مكايلة أو موازنة من غيره ـ لم يحل للمشتري منه أن يبيعه أو ينْتفع به حتى يكيله أو يزنه، ولا يكتفي باكتيال البائع أو اتزانه من بائعه، وإن كان ذلك بحَضْرة هذا المشتري؛ لما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْع الطَّعَام حَتَّى يَجْرِي فيه صَاعَان، صَاعُ البَائِع، وَصَاعُ المُشْتَري»، ورُوِي: «أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ

(١) في ط: يملك.

وَالسَّلَامَ ـ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُكَالَ»، لكن اختلفوا في أن حرمة التصرّف قبل الكيل أو الوزن؛ لانعدام [تمام][1] القَبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعاً غير معقُول المعنى مع حُصُول القبض بتمامه بالتخلية.

قال بعض مشايخنا: أنه تثبت شرعاً غير معقول المعنى، وقال بَعْضُهم: الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن، وكما لا يجوز التَّصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلاً لا يجوز بدون قبضه بتمامه.

وجه قول الأولين: ما ذكرنا أن معنى التَّسلِيم والتَّسلُّم يحصل بالتَّخلية؛ لأن المشتري يصير سالماً خالصاً للمشتري على وجه يتهيأ له تقليبه، والتصرُّف فيه على حسب مشيئته وإرادته؛ ولهذا كانت التخلية تسليماً وقبضاً فيما لا مِثْل له وفيما له مثل إذا بيع **مجازفة**، ولهذا يدخل المبيع في ضَمَان المشْتَري بالتخلية نفسها بلا خلاف ـ دل أن التخلية/ قبض، إلا أن حرمة التصَّرُّف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبداً غير معقول المعنى، والله عز وجل أعلم.

٣/١٢٧ب

وجه قول الآخرين: تَعْليل محمد ـ رحمه الله ـ في هذه المسألة في كتاب البيوع؛ فإنه قال: ولا يجوز للمشتري أن يتصرَّف فيه قبل الكيل؛ لأنه باعه قبل أن يَقْبضه ولم يرد به أصل القبض؛ لأنه موجود، وإنما أراد به تمام القبض؛ والدليل على أن الكيل والوزن في المكيل والموزون الذي بيع مُكَايَلة وموازَنَة من تمام القبض ـ أن القدر في المكيل والموزون معْقُود عليه.

ألا ترى أنه لو كيل فازداد، لا تَطِيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن؛ ولو نقص يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القَدْر فيهما إلا بالكيل والوزن؛ لاحتمال الزيادة والنقصان، فلا يتحقق قبض قدر المَعْقُود عليه إلا بالكيل والوَزن، فكان الكَيْل والوزْن فيه من تمام القبض، ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه، كما لا يجوز قبل قَبْضه أصلاً ورأساً بخلاف المذروعات؛ لأن القدر فيها ليس معقوداً عليه، بل هو جار مجرى الوصْف، والأوصاف لا تكون معقوداً عليها؛ ولهذا سلمت الزيادة للمشتري بلا ثمن، وفي النُّقصان لا يسْقُط عنه شيء من الثمن، فكانت التخلية فيها قبضاً تاماً، فيكتفي بها في جواز التصرُّف قبل الذرع، بخلاف المكيلات والموزُونات على ما بيَّنا، إلا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها؛ لوجود القبض بأصله، والخروج عن ضمان البائع يتعلق بأصل القبض لا بوصْف الكمال، فأما جواز التصرُّف فيه فيستدعي قبضاً كاملاً؛ لورود النهي عن بيع ما لم يقبض، والقَبْض المطْلَق هو القبض الكامل، والله عز وجل أعلم.

---

(١) سقط من ط.

وأما المعدودات المتقاربة إذا بيعت عدداً لا جُزافاً، فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة، حتى لا يجوز بيعها إلا بَعْد العد، وعند أبي يوسف ومحمد: حكمها حكم المذروعات فيجوز بَيْعها قبل العد.

وجه قولهما: أن العددي لَيْس من أمْوَال الربا كالذرعي[١]؛ ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد؛ كما لا تشترط في المذْروعات، فكان حكمه حكم المذروع، ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن القَدْر في المعْدُود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون.

ألا ترى أنه لو عده فوجده زائداً، لا تَطِيب الزِّيادة له بلا ثمن، بل يردها أو يأخذها بثمنها، ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النُّقصان كما في المكيل والموزون - دل أن القدر فيه معقود عليه، واحْتِمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت، فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره، ولا يعرف قَدْره إلا بالعد فأشبه المكيل والموزون؛ ولهذا كان العَدّ فيه بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العدوان إلا أنه لم يجز فيه الربا؛ لأن المُسَاواة بين واحد وواحد في العد ثبتت باصطلاح الناس، وإهدارهم التفاوت بينهما في الصِّغر والكبر، لكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل[٢] باصطلاحهم، ولما تبايعا واحداً باثنين فقد أهدرا اصطِلاح الاهدار، واعتبر الكبر لأنهما قصدا[٣] البيع الصحيح ولا صحة إلا باعتبار الكبر وسُقوط العد، فكان أحدهما من أحد الجانبين بمقابلة الكبير من الجانب الآخر، فلا يتحقَّق الربا.

أما ههنا فلا بد من اعْتِبار العد إذا بيع عدداً، وإذا اعتبر العدّ لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، كما في المكيل والموزون بخلاف المذروع؛ فإن القدر فيه ليس بمعقُود عليهْ على ما بينا، فكانت التخلية فيه قبضاً تاماً، فكان تصرفاً في المبيع المنقول بعد القَبْض، وأنه جائز والله عز وجل أعلم.

ولو كاله البائع أو وزنه بحَضْرة المشْتَري، كان ذلك كافياً ولا يحتاج إلى إعادة الكيل؛ لأن المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضْرة المشْتَري، وما روي عَنْ رَسُول اللّهِ - ﷺ -: **«أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّىٰ يَجْرِي فِيه صَاعَان: صَاعُ البَائِع وَصَاع المُشْتَري»** محمول على موضع مخصوص؛ وهو ما إذا اشترى مكيلاً مكايلة فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة، لم يجز لهذا المشْتري التَّصرف فيه حتى يكيله، وإن كان هو حاضراً عند اكْتِيال بائعه فلا يكتفي بذلك.

وكذلك إذا أسلم إلى رجُل في حنطة، فلما/ حل الأجل اشترى المسلم إليه قدر المسلم ٣/١٢٨أ

---

(١) في ط: كالذرع.
(٢) في أ: يثبت.
(٣) في ط: لأنها قصد.

فيه من رجل مكايلة، وأمر ربّ السلم باقتضائه ـ فإنه لا يجوز له التصرف فيه ما لم يكله مرتين: مرة للمسلم إليه ومرة لنفسه بالنَّص، ولو كان مكان السلم قرض؛ بأن استقرض المستقرض كراً من إنسان وأمر المقوض بقَبْض الكُر، فإنه يكتفي فيه بكيل واحد للمشتري والمستقرض.

ووجه الفرق: أن الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكَيْل والوزن في المكيل والموزون ـ شرط جواز التصرف فيهما؛ لأنه من تمام القَبْض على ما بينا، والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم إليه اشترى بشرط الكيل، فلا بدَّ من أن يكيل رب السلم أولاً للمسلم إليه ليصير قابضاً له، فجعل كأن المسلم إليه قَبْضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه من المسلم إليه، فأما قبض بدل القرض فَلَيْس بشرط لجواز التصرف فيه؛ لأن القبض بالكيل في باب البيع لاندفاع جَهَالة المعقود عليه بتميز حق المشتري عن حق البائع، والقَرْض يقبل نوع جهالة، فلا يشترط له القبض؛ ولأن الاقراض إعارة عندنا فالمقْبُول من بدل القَرْض كأنه عَيْن حقه، فصار كما لو أعَار عيناً ثم استردهما، فيصحّ قبضه بدون الكيل، وإنما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يصير به المشتَري قابضاً للمبيع من التصرفات، وما لا يصير به قابضاً فنقول وبالله التوفيق: لا يخلو إما أن يكون في يد البائع، وإما أن يكون في يد المشتري؛ فإن كان في يد البَائع فأتلفه المشتَري، صار قابضاً له؛ لأنه صار قابضاً بالتخلية فبالإتلاف أولى؛ لأن التخلية تَمْكِين من التصرُّف في المبيع والإتلاف تصرف فيه حقيقة، والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرُّف.

وكذلك لو قطع يده أو شج رأسه، وكل تصرف نقص شيئاً؛ لأنَّ هذه الأفعال في الدلالة على التَّمكين فوق التَّخلية، ثم بالتخلية صار قابضاً فيها أولى؛ وكذلك لو فعل البائع شيئاً من ذلك بأمر المشتَري؛ لأن فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

ولو أعتقه المشتري يصير قابضاً؛ لأن الإعْتَاق إتلاف حكماً، فيلحق بالإتلاف حقيقة؛ وكذا لو دبَّره أو استولد الجارية، أي أقر أنها أم ولد له؛ لأن التدبير أو الاستيلاد تنقيص حكماً، فكان ملحقاً بالتَّنقيص حقيقة؛ ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً، فالقياس أن يصير قابضاً، وهو رواية عن أبي يوسف، وفي الاسْتِحْسَان لا يصير قابضاً.

وجه القياس: أن التزوج تعييب، ألا ترى أن الزَّوجية عيب يرد بها، وإذا كانت الزوجية عيباً كان التزوح تعييباً والتَّعييب قَبْض.

وجه الاستحسان: أنه تعييب حكماً لا حقيقةً؛ لأنه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان

الملك فيه، فلا يصير به قابضاً؛ وكذا لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً؛ لأن الدين عيب حتى يرد به، وفي الاسْتِحْسَان لا يصير قابضاً؛ لأنه تعييب حكمي، وأنه لا يوجب النقصان فلا يكون قبضاً.

ولو وطئها الزوج في يد البائع، صار المشْتَري قابضاً؛ لأن الوطء إثبات اليد على الموطوءة، وأنه حصل من الزوج بتَسْلِيط المشْتَري، فكان من حيث إنه إثبات اليد مضافاً إلى المشتري، فكان قابضاً من المشتري.

ولو أعار المشتري المبيع للبايع أو أودعه أو آجره، لم يكن شيء من ذلك قبضاً، لأن هذه التصرُّفات لم تصح من المشتري؛ لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة البايع، فلا يتصور إثْبَات يد النِّيابة له بهذه التَّصرفات، فلم تصحَّ والتحقت بالعدم، ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً؛ لأن الإِعَارَة والإيداع إياه صحيح، فقد أثبت يد النيابة لغيره فَصَار قابضاً.

ولو أرسل المشتري العبد المبيع إلى حاجة صار قابضاً؛ لأن إرْسَاله في الحاجة استعمال له، بدليل أنه صار [راضياً به][1]، واستعماله إياه إثبات يده عليه وهو معنى القبض.

ولو جنى أجْنَبي على المبيع، فاختار المشْتَري اتباع الجاني بالضمان ـ كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف، وعند محمّد: لا يكون حتى لو نوى الضمان على الجاني بأن مات مفلساً، كان **التوي** على المشتري، ولا يبطل البَيْعُ عند أبي يوسف ويتقرر عليه الثمن، وعند محمد: يبطل البيع **والتوي** على البَائع، ويسقط الثمن عن المشتري.

وكذا لو استبدل المشتري الضمان ليأخذ/ مكانه من الجَاني شيئاً آخر، جاز عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ لأن هذا تصرُّف في المعقود عليه قبل القبض، لأن القيمة قائمة مقام العَيْن المستهلكة، والتصرُّف في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز، لا من البَائع ولا من غيره. ٣/١٢٨ب

وكذا المبيع إذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار، فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض، فاختار المشتري أن يتبع الجاني بالضَّمان، ونقد الدينار البائع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك ـ لا يبطل الصَّرف بينهما عند أبي يوسف؛ لأن اختياره تَضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده، وعند محمد يبطُل الصرف لعدم القبض.

وجه قول محمد: أن الضَّمان حكم العَيْن، لأنَّ قيمة العين قائمة مقامها؛ ولهذا بقي

(١) في أ: غاصباً له.

العقد على القيمة بعد استهلاك العين، ثم العين لو كانت قائِمة فهلكت قبل القبض كان الهَلاَك على البائع ويبْطُل البيع ويسقط الثمن عن المشتري، فكذا القيمة ولأبي يوسف: أن جناية الأجنبي حَصَلت بإذن المشْتَري وأمره دلالة، فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه.

وبيان ذلك: أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضَّمان تمليك من المضْمُون؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً إلى وقت سبب الضَّمان، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري فيصير قابضاً؛ لأن فعل الأَجنبي بأمْرِ المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

ولو أمر المشتري البائع أن يَعْمل في المبيع عملاً؛ فإن كان عملاً لا ينقصه **كالقصارة** والغسل بأجر أو بغير أجر، لا يَصِير قابضاً؛ لأن التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة؛ كما إذا نَقَله من مكان إلى مكان، فكان الأمر به استيفاء لملك اليد، فلا يصير به قابضاً وتجب الأجرة على المشتري إن كان بأجر؛ لأن الإجارة قد صحت؛ لأن العمل على البَائِع ليس بوَاجِب، فجاز أن تقابله الأجرة، وإن كان عملاً ينقصه يصير قابضاً؛ لأن تنقيصه إتْلاف جزء منه، وقد حَصَل بأمره فكان مضافاً إليه كأنه فعله بنفسه، والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا أَسْلَمَ في كر حنطة، فلما حل الأجل أمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله في **غرائر**[1] المسلم إليه، أو دفع إليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل ـ أنه إن كان ربّ السلم حاضراً يصير قابضاً بالتخلية، وإن كان غائباً لا يصير قابضاً؛ لأن الحنطة التي يكيلها المُسلم إليه ملكه لا ملك رب السلم؛ لأن حقه في الدين لا في العين، فلم يصح أمر المشْتري إياه بكيلها، فلم يصر وكيلاً له فلا تصير يده يد رب السلم، سواء كانت الغرائر للمسلم إليه أو لرب السلم؛ لأن يد رب السلم عن الغرائر قد زالت، فإذا كال فيها الحِنْطَة لم تصر في يد ربّ السلم فلا يصير قابضاً؛ وكذا لو استقرض من رجل كراً، ودفع إليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب ـ لا يصير قابضاً؛ لأن القرض لا يملك قبل القبض، فكان الكُر على ملك المقرض، فلم يصح أمر المستقرض إياه بكيله، فلا يصير وكيلاً له، فلا تصير يده يد المستقرض كما في السلم.

ولو اشترى من إنسان كراً بعينه وَدفع غرائره، وأمره بأن يكيل فيها ففعل ـ صار قابضاً، سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً؛ لأن المعْقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد، فصح أمر المشتري؛ لأنه تناول عيناً هو ملكه فصحّ أمره، وصار البائع وكيلاً له وصارت يده يد المشْتَري؛ وكذلك الطَّحن إذا طحنه المسلم إليه بأمر رب السلم، لم يصر قابضاً.

---

(١) غرائر: واحدها: غرارة؛ وهي الجوالق.

ولو طحنه البائع بأمر المشتري صار قابضاً؛ لأن الطَّحن بمنزلة الكيل في الغرائر، ولو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره بأن يكيله فيها ففعل؛ فإن كان المشتري حاضراً يصير قابضاً بالتخلي بالإجماع؛ وإن كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر إليه، سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها. وقال أبو يوسف: إن كانت بعينها، صار المشتري قابضاً بنفس الكيل فيها؛ وإن كانت بغير عينها بأن قال: أعرني غرارة وكل فيها، ولا يصير قابضاً.

وجه قول محمد: أن الغرائر عارية في الوَجْهَين جميعاً ولم يقبضها، والعارية لا حكم لها بدون القَبْض، فبقيت في يَدِ البائع، فَبَقِي ما فيها في يد البَائع أيضاً، فلا يصير [في يد المشتري قابضاً إلا بتسليم الغرائر إليه].

ولأبي يوسف: الفَرْق بين حالة التعيين وعدم/ التعيين؛ وهو أن الغرائر إذا كانت معينة مشاراً إليها، فإن لم يمكن تَصْحِيح التَّعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث إقامتها مقام يده، وإذا لم تكن متَعينة فلا وجه للإعارة بوجه، وقول محمد أظهَر والله عز وجل أعلم. ٣/١٢٩أ

ولو اشترى كراً بعينه، وله على البائع كُر دين، فأعْطَاه **جوالقاً** وقال له: كلهما فيه ففعل - صار قابضاً لهما، سواء كان المبيع أولاً أو الدين، وهذا قول أبي يوسف. وقال محمد: إن كان المبيع أولاً، يصير قَابِضاً لهما كما قال أبو يوسف؛ وإن كان الدين أولاً، لم يصر قابضاً للدين، وكان قابضاً للعين وكانا شركين فيه.

وجه قول محمد: أن نفس الكيل في الدّين ليس بقبض لما ذكرنا، فإذا بدأ بكيله لم يصر المشتري قابضاً له، فإذا كاله بعده فقد خلط ملك المشْتَري بملك نفسه، فيشتركان في المخلوط، ونفس الكيل في العين قبض، فإذا بدأ بكيله صار المشْتَري قابضاً له، ثم إذا كان الدين بعده فقد اسْتَهلك العين بالخلط، فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له.

وجه قول أبي يوسف: أن البائع خلط ملك المشْتَري بملك نفسه في الحال بأمر المشتري، فكان مضافاً إلى المشتري، والخلط من أسْبَاب التملُّك في الجملة، فيملك المشتري الدّين بالخَلْط، وقد جعله في غرائره بأمره فَصَار قابضاً له، والله عز وجل أعلم.

ولو باع قطناً في فِرَاش أو حِنْطَة في سنبل، وسلم كذلك؛ فإن أمكن المشتري قبض القطن أو الحنطة من غير فتق الفراش أو دق السنبل - سار قابضاً له؛ لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمكن من التصرُّف؛ وإن لم يمكنه إلا بالفتق والدق، لم يصر قابضاً له؛ لأنه لا يملك الفتق أو الدق؛ لأنه تصرُّف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه، فلم يحصل

التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً. ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك، صار قابضاً؛ لأنه يمكنه الجذاذ من غير تصرّف في ملك البائع، فحصل التخلي بتسليم الشجر، فكان قبضاً، بخلاف بيع القطن في الفِرَاش والحنطة في السُّنبل؛ ولهذا قالوا: إن أجرة الجذاذ على المشتري وأجرة الفتق والدق على البائع إذا كان المشْتَري لا يمكنه القبض إلا به؛ لأنه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر، فكان الجاذّ عاملاً للمشْتَري، فكانت الأُجْرة عليه، ولم يحصل القَبْض بتَسْليم الفِراش والسنبل، فكان الفتق والدق على البائع مما يتحقق به التسليم، فكانت أجْرَته عليه.

هذا إذا كان المبيع في يد البائع وقْت البيع؛ فأما إذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضاً للمبيع[1] بنفس العقد أم يحْتَاج فيه إلى تجديد القَبْض؟ فالأصل فيه أن الموجود وقت العقد إن كان مثل المستحق بالعقد، ينوب منابه؛ وإن لم يكن مثله؛ فإن كان أقوى من المستحق ناب عنه، وإن كان دُونه لا ينُوب؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب؛ لأن المتماثلين غير أن ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده، وإن كان أقْوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة، وإن كان دونه لا يوجد فيه إلا بعض المستحقّ فلا ينُوب عن كله.

وبيان ذلك في مسائل، وجملة الكلام فيها: أن يد المشتري قبل الشراء إما أن كانت يد ضمان، وإما أن كانت يد أمانة؛ فإن كانت يد ضمان، فإما أن كانت يد ضمان بنفسه وإما أن كانت يد ضمان بغيره؛ فإن كانت يد ضمان بنفسه كيد الغاصب] يصير المشتري قابضاً للمَبِيع بنفس العقد، ولا يحتاج إلى تجديد القبض، سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً؛ لأن المغْصوب مضْمُون بنفسه، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه، فتجانس القَبْضَان فَنَاب أحدهما عن الآخر؛ لأن التجانس يقتضي التشابه، والمُتَشابهان ينوُب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده، سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً؛ لأن يد الغَاصِب في الحالين يد ضمان، وإن كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن، بأن باع الراهن المرْهُون من المرتَهن فإنه لا يصير قابضاً، إلا أن يكون الرَّهن حاضراً أو يذهب إلى حَيْث الرهن ويتمكن من قبضه؛ لأن المرهون ليس بمَضْمون بِنَفْسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتَجَانس القبضان فلم يتشابها، فلا ينوب أحدهما عن الآخر؛ ولأن الرهن أمانة في الحقيقة فكان قَبْضه قبض أمانة، وإنما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر، لا لكونه مَضْموناً على ما عرف، وإذا كان أمانة فقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان؛ كقبض العَارِية والوديعة.

وإن كانت يد المشْتَري يد أمانة كيد الوديعة/ والعارية، لا يصير قابضاً إلا أن يكون بحضرته، أو يذهب إلى حيث يتمكَّن من قبضه بالتخلي؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان، فلا يَتَناوبان والله عز وجل أعلم. ٣/١٢٩ب

(١) في ط: للبيع.

ولو اختلف البائع والمشتري في قَبْض المبيع، فقال البائع: قبضته، وقال المشتري: لم أقبضه ـ فالقول قول المشتري؛ لأن البائع يدَّعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر؛ ولأن عدم القبض أصل والوجود عَارِض، فكان المشتري متمسكاً بالأصل والبائع يدعي أمراً عارضاً، فكان الظَّاهر شاهداً للمشتري، فكان القول قوله مع يمينه.

وكذا إذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض، فالقول قول المشْتَري لما قلنا. ولو اختلفا في قبض الثمن، فالقول قول البائع؛ لما قلنا في قبض المبيع والله أعلم.

ولو اخْتَلَفا فقال البائع للمشْتَري: قطعت يده فصرت قابضاً، وقال المشتري للبائع: أنت قطعت يده وانفسخ البيع فيه ـ لم يقبل قول كلٍّ واحدٍ منهما على صاحبه، ويجعل كأن يده ذهبت بآفة سماوية؛ لتعارض الدَّعوتين وانعِدام دليل الترجيح لأحدهما، فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صَاحِبه أولى من قول الآخر؛ فلا يقبل، ويجعل كأنها ذهبت بآفة سماوية، ويخير المشْتَري لتغير المبيع قبل القبض؛ فإن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء ردَّه على البائع؛ فإن اختار الأخذ، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ، كذا ذكر القدوري ـ رحمه الله ـ في شرحه.

أما تحليف البائع فلا إشْكَال فيه؛ لأن المشتري يدَّعي عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف؛ لأنه إذا حلف لا يسْقُط عن المشْتَري شيء من الثمن، فكان تحليفه مفيداً.

وأما تحليف المشتري فمشكل؛ لأنه لا يفيد شيئاً؛ لأنه يَأْخذه بعد الحلف بكل الثمن، وهذا فيما إذا اختار المشتري الرد على البائع؛ لأنه لا يحْلِف البائع بل يحلف المشتري وحده؛ لأن تحليف البائع لا يفيده شيئاً حيث يردّه عليه. وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فَذَهب بعضه فاختلفا، فقال البائع للمشتري: أنت أكلت، وقال المشْتَري للبائع: مثل ذلك ـ أنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه، ويجعل كأنه ذَهَب بعضه بآفة سماوية لما قلنا، ويخير المشتري لتفرق الصفقة، إلا أن هناك إن اختار الأخذ أخذ الباقي بما بقي من الثمن؛ لأن القدر في المَكِيل والموزُون مَعْقود عليه، فكان له حصة من الثمن، والأطراف من الحيوان جارية مجرى الأوصاف، فلا يقابلها الثَّمن إلا إذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما بينا فيما تقدم.

وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ ههنا أيضاً أنه يحلف كل واحدٍ منهما على دعوى صاحبه ويأخذ، ولا إشكال ههنا في تحليف المشتري؛ لأن التَّحليف مُفِيد في حقه؛ لأن البائع يدَّعي عليه كل الثَّمن وهو ينكر، فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً، وأما تحليف البائع ففيه إشكال؛ لأن المشتَري يدعي عليه سقوط بعض الثمن، وذا حاصل له من غير تحليفه، فلم يكن تحليفه مُفِيداً في حقه فينبغي ألاَّ يحلف؛ وإن اختار الرّد على البائع حلف المشْتَري وحده

دون البائع لما قلنا؛ فإن أقام أحدهما البينة قبلت بينته؛ لأنها قامت على أمر جائز الوجود، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع؛ لأنها مثبتة، ألا ترى أنها توجب دخول السلعة في ضمان المشتري، وتقرر الثمن عليه، وبينة المشْتَري نافية فالمثبتة أولى، والله عز وجل أعلم.

ومنها: ثبوت حقّ الحبس للمَبِيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ في قول: يسلمان معاً، وفي قول: يسلم المبيع أولاً ثم يسلم الثمن؛ أما قوله الأول فبناء على أصله الذي ذكرنا فيما تقدم، وهو أن الثَّمن والمبيع من الأسماء المترادفة عنده، ويتعين كل واحد منهما بالتعيين، فكان كلُّ ثمن مبيعاً، وكل مبيعاً ثمناً.

وأما قوله الثاني وهو أن في تَقْديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع، وليس ذلك في تقديم تَسْلِيم الثمن؛ لأنه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وإِن قبض الثمن، فكان تقديم تسليم المَبِيع أولى صِيَانة للعقد عن الانفساخ ما أمكن.

ولنا: قوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: **«الدَّينُ مَقْضِيٌ»**[1] وصف ـ عليه الصّلاة والسلام ـ الدين بكونه مقضياً عاماً أو مطلقاً؛ فلو تأَخَّر تَسْليم الثمن عن تسليم المبيع، لم يكن هذا الدَّين/ مقضياً وهذا خلاف النَّص.

٣/ ١٣٠أ

وروي عن النَّبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أنه قال: **«ثَلاَثٌ لاَ يُؤَخَّرْنَ: الجَنَازَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالأَيِّمُ إِذَا وَجَدَتْ لَهَا كُفُوْاً، والدَّيْنُ إِذَا وَجَدتَّ مَا يَقْضِيهِ»**[2] وتقديم تَسْليم المبيع تأخير الدين، وأنه منفي بظاهر النص؛ ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، ولا تتحقَّق المسَاوَاة إلا بتقديم تسليم الثمن؛ لأن المبيع متعين قبل التسليم، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم على أصلنا، فلا بد من تسليمه أولاً تحقيقاً للمساواة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٤) كتاب البيوع والإجارات: باب في تضمن العارية حديث (٣٥٦٥) والترمذي (٣/ ٥٦٥) كتاب البيوع: باب العارية مؤداه حديث (١٢٦٥) وابن ماجة (٢/ ٨٠٤) كتاب الصدقات: باب الكفالة حديث (٢٤٠٥) وأحمد (٥/ ٢٦٧) والطيالسي (١١٢٦) وعبد الرزاق (٨/ ١٧٣) رقم (١٤٧٦٧) وابن أبي شيبة (٧/ ٢٠٠) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (١٠٢٣) والدارقطني (٣/ ٤١) كتاب البيوع حديث (١٦٦) وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (٢/ ٢٨١) والبيهقي (٦/ ٨٨) كتاب العارية: باب العارية مؤداه والقضاعي في «مسند الشهاب» (١/ ٦٤) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٦٩ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق إسماعيل بن عياش ثنا شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبة الوداع: العارية مؤداه والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم.

وقال الترمذي: حديث حسن.

(٢) تقدم.

وقوله: فيما قلتَ صِيَانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع، قلنا: هلاكه قبل تسليم الثمن نادر، والنادر ملحق بالعَدَم، فيلزم اعتبار معنى لمساواة [في ذلك][1] ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين:

أحدهما: في بيان شرط ثبوت هذا الحُكْم، والثاني: في بيان ما يَبْطُل به بعد ثبوته أما شرط ثبوته فشيئان:

أحدهما: أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً؛ فإن كانا عينين أو دينين، فلا يثبت حق الحبس، بل يسلمان معاً لما ذكرنا فيما تقدم.

والثاني: أن يكون الثَّمن حالاً، فإن كان مؤجلاً لا يثبت حق الحبس؛ لأن ولاية الحبس تَثْبت حقاً للبائع لطلبة المسَاوَاة عادة لما بينا، ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الوِلاية.

ولو كان الثَّمن مؤجَّلاً في العقد فلم يقبض المشْتَري المبيع، حتى حل الأجل ـ فله أن يقبضه قبل نقد الثمن، وليس للبَائع حق الحَبْس؛ لأنه أسقط حق نفسه بالتأجيل، والسَّاقط متلاشي فلا يحتمل العود، وكذلك لو طرأ الأجل على العقد بأن أخر الثَّمن بعد العقد، فلم يقبض المبيع[2] حتى حل الأجل ـ له أن يقبضه قبل نقد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا.

ولو باع بثمن مؤجَّل، فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل هل له أجل آخر في المستقبل؟ ينظر إن ذَكَرا أجلاً مطلقاً؛ بأن ذكرا سنة مطلقة غير معينة ـ فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المَبِيع عند أبي حنيفة، ، وعند أبي يوسف ومحمد: الثَّمن حال وليس له أجل آخر.

وإن ذكرا أجلاً بعينه؛ بأن باعه إلى رمضان، فلم يقبضه المشتري حتى مضى رمضان ـ صار الثمن حالاً بالإجْمَاع.

وجه قولهما: أن السَّنة المطلقة تنصرف إلى سنة تعقب العقد بلا فصل، فإذا مضت انتهى الأجل، كما لو عين الأجل نصاً، ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الأصل في الثمن شرع نظراً للمشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تأخير المُطَالبة بالثمن، ولن يحصل هذا الغَرَض له إلا وأن يكون اعتبار الأجل من وَقْت قبض المبيع فكان هذا تأجيلاً من هذا الوقت دلالة؛ بخلاف ما إذا عين الأجل؛ لأنه نص على تعينه، فوجب اعتبار المنْصُوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها.

---

(١) سقط من ط. (٢) في ط: البائع.

ولو كان في البيع خيار الشَّرط لهما أو لأحدهما والأجل مُطْلَق، فابتداء الأجل من حين وجوب العقد وهو وقت سقوط الخِيَار لا من حين وجوده؛ لأن تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه، ووقت وجُوبه هو وقت [وجوب][1] العقد «وانبرامه لا قبله؛ إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثُبُوته، وما لا يَبْطُل فنقول وبالله التوفيق: إذا أخر الثمن بعد العقد بَطَل حق الحبس؛ لأنه أخر حقّ نفسه في قبض الثمن، فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع، وكذا المشْتَرِي إذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله ـ بطل حق الحبس؛ لأن حق الحَبْس لاستيفاء الثمن، واستيفاء الثمن ولا ثمن محال، ولو نقد الثمن كله إلا دِرْهماً كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي؛ لأن المبيع في استِحْقَاق الحبس بالثمن لا يتجزأ، فكان كل المبيع محبوساً بكل جزء من أجزاء الثَّمن.

وكذلك لو باع شيئين صَفْقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمناً، فنقد المشْتَري حصة أحدهما، كان للبائع حبسهما حتى يقبض حصة[2] الآخر لما قلنا؛ ولأن قَبْض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض، والمشتري لا يملك تَفْريق الصَّفقة الوَاحِدة في حق القبول، بأن يقبل الإيجاب في أحَدِهما دون الآخر، فلا يملك التَّفريق في حق القبض أيضاً؛ لأن للقَبْض شبهاً بالعقد.

٣/ ١٣٠ب وكذلك لو أبرأه من حِصَّة/ أحدهما، فله حبس الكلّ لاستيفاء الباقي لما ذكرنا؛ وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته ـ كان له حق حَبْس المبيع حتى يقبض ما على الآخر.

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ في النَّوادر: أنه إذا نقد أحدهما نصفْ الثمن يأخذ نِصْف المبيع.

ووجهه: أن الوَاجِب على كل واحد منهما نصف الثَّمن؛ فإذا أدى النصف، فقد أدى ما وجب عليه، فلا معنى لتوقُّف حقه في قبض المَبِيع على أداء صاحبه؛ ولأنه لو توقف وصاحبه مختار في الأداء قد يؤدي، وقد لا يؤدِّي فيفوت حقه أصلاً ورأساً وهذا لا يجُوز؛ ولهذا جعل التَّخلية والتخلي تسليماً وقبضاً في الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم.

وجه ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا: أن المَبِيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزي، فكان استِحْقَاق بعضه استِحقاق كله، وما ذكرنا أن الصفقة واحدة، فلا تحتمل

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: حق.

التَّفريق في البعض[١] كما لا تَحْتَمله في القبول؛ فإن غاب أحدهما، لم يجبر الآخر على تَسْليم كل الثمن؛ لأن الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله، فلا يؤاخذ بِتَسْليم كله؛ فإن اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع[٢]، هل يكون متَبرعاً فيما تقدم أم لا؟ اختلف فيه:

قال أبو حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ: لا يكون متبرعاً فيما نقد، وله أن يحبِسَه عن الشِّريك الغائب حتى يستوفي ما نقد عنه، وقال أبو يوسُف ـ رحمه الله ـ: هو متبرع في حصته.

وجه قوله ظاهر؛ لأنه قَضى دين غيره بغير أمره، فكان متبرعاً كما في سائر الديون، ولهما: أنه قضى دين صَاحِبه بأمره دلالة، فلا يكون متبرعاً؛ كما لو قضاه بأمره نصاً؛ ودلالة ذلك أنه لما غاب قبل نَقْد الثمن، مع علمه أن صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصَّته من الثمن، ولا يمكنه الوصول إليه إلا بتسليم كل الثمن، كان إذناً له بتسليم حصَّته من الثمن، فكان قاضياً دينه بأمره دلالة، فلم يكن متطوعاً وصار هذا كمن أعار ماله إنساناً ليرهنه بدينه، فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه لا يكون متبرعاً، ويرجع على الراهن؛ لأن الرَّاهن لما علم أنه علق مال الغير بدينه ولا يزول **العلوق** إلا بانفكاكه، فكان إذناً له بالفِكَاك دلالة كذا هذا، وله حق حبس العبد إلى أن يسْتَوفي ما نقد عنه، كما لو نقد بأمره نصّاً؛ ولو أدى جميع الثمن وقبض العبد، ثم هلك في يده قبل الحبس ـ يرجع على شَرِيكه بنصف الثمن؛ لأنه أدَّى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا، والله عز وجل أعلم.

والرهن بالثَّمن والكفالة به لاَ يبْطُلان حق الحبس؛ لأنهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشْتَري ولا حق المطالبة به، فكانت الحاجة إلى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى حق الحَبْس لاستيفائه، وأما الحوالة بالثمن فهل تبطل حق الحبس؟ قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشْتَري؛ بأن أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان وقبل المحال عليه الحوالة، أو من البائع بأن أحال البَائِع غريماً له على المشتري.

وقال محمد: إن كانت الحوالة من المشْتَري لا تبطل، وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المحال عليه؛ وإن كانت من البَائع، فإن كانت مطلقة لا تبطل أيضاً وإن كانت مقيدة بما عليه تبطل؛ فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري، وذمته برئت من دين المحيل بالحَوَالة، فيبطل حق الحبس؛ ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس، وحق المطَالَبة لم يبطل بحوالة المشتري.

---

(١) في أ: القبض.

(٢) في أ: العبد.

ألا ترى أن له أن يطالب المحال عليه، فلم يَبْطُل حق الحبس وبطلت حَوَالة البائع إذا كانت مقيدة بما على المحال عليه، فبطل حقّ الحبس.

والصحيح اعتبار محمد؛ لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطَالَبة بالثمن لا مع قيام الثَّمن في ذاته؛ بدليل أن الثمن إذا كان مؤجَّلاً لا يثبت حق الحَبْس، والثمن في ذمة المشْتَري قائم، وإنما سقطت المطالبة ـ دل أن حق الحَبْس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قِيَام الثمن في ذاته، وحق المطالبة في حوالة المشتري وحوالة البائع إذا كانت مطلقة، فكان حق الحبس ثابتاً، وفي حوالة البائع إذا كانت مقيدة ينقطع، فلم يَنْقَطع حق الحَبْس.

٣/ ١٣١أ

وعلى/ هذا الخلاف: إذا أحال الرَّاهن المرتهن بدينه على رجل، أو أحال المرتهن غريماً له بدينه على الراهن حوالة مطلقة أو مقيَّدة ـ أنه يبطل حق المرتهن في حق حبس الرهن عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يَبْطُل في حوالة الرهن. وكذا في حوالة المرتهن إذا كانت مطلقة، وإن كانت مقيَّدة تبطل.

ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه [إيَاه][١] بطل حق الحَبْس حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يبطل وللبائع أن يسترده.

وجه هذه الرواية: أن عقد الإعَارة والإيداع ليس بعقد لازم، فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن إذا أعار الرَّهن من الرَّاهن، أو أودعه إياه ـ له أن يسترده لما قلنا؛ كذا هذا.

وجه ظاهر الرواية: أن الإعَارة والإيداع أمانة في يد المشتري، وهو لا يصلح نائباً عن البائع في اليد؛ لأنه أصل في الملك فكان أصلاً في اليد، فإذا وقعت العارية أو الوديعة في يده، وقعت بجهة الأصَالة وهي يد الملك، ويد الملك يد لازمة، فلا يملك إبطالها بالاستِرْدَاد وبخلاف الرَّهن؛ فإن المرتهن في اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة المالك[٢] فيمكن تَحْقِيق معنى الإنابة، ويد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد.

ولو قبض المشْتَري المبيع بإذن البائع؛ بطل حق الحَبْس، حتى لا يملك الاسترداد؛ لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض، ولو قبض بغير إذنه لم يَبْطُل وله أن يسترده؛ لأن حق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه.

ولو كان المشْتَري تصرف فيه، نظر في ذلك: إن كان تصرُّفاً يحتمل الفسخ كالبيع والهبة

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: الملك.

والرَّهن والإجارة **والأمهار** ـ فسخه واسترده؛ لأنه تعلق به حقه وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد ـ لا يملك الاسترداد؛ لأن الاسترداد والإعارة إلى الحبس: إما أن كان مع نقض هذه التصرفات، وإما أن كان مع قِيَامها لا سبيل إلى الأول؛ لأن هذه التصرفات لا تحتمل النقض، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنها إذا بقيت كَانَتْ الإِعَادة إلى الحبس حبس الجزء من كل وجه أو من وجه دون وجه، وكل ذلك لا يجوز، فبطل حق الحَبْس أصلاً؛ ولو نقد المشتري الثمن فوجده البائع زُيوفاً أو سُتوقاً أو مستحقاً أو وجد بعضه كذلك، فهذا لا يخلو: إما أن يكون المشْتَري قبض المَبِيع، وإما أن يكون لم يقبض؛ فإن كان لم يقبضه، كان له حق الحَبْس في الفصول كلها؛ لأنه تبين أنه ما استوفى حقه؛ وإن كان قبضه المشْتَري، ينظر إن كان قبضه بغير إذن البائع، فللبائع أن يسترده في الفصول كلها لما قلنا.

وكذلك إن كان المشتري تصرف في المبيع، فللبائع أن يفسخ تصرفه ويسترد المبيع إلا إذا كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ. فلا يفسخ، ويطالب المشتري بالثمن؛ فلو نقد المشتري الثمن قبل أن يفسخ التصرُّف الذي يحتمل الفسخ ـ لا يفسخ؛ لأنه لما نقد الثمن فقد بطل حقه في الحبس، فبطل حق الفَسْخ والاسترداد، وإن كان قبضه بإذن البائع ينظر: إن وجده زيوفاً فردها لا يملك اسْتِرْدَاد المبيع عند أصْحَابنا الثلاثة. وعند زفر: له أن يستردّ، وهو قول أبي يوسف [الأول][1].

وجه قول زفر: أن البائع ما رضي بزوال حق الحَبْس إلا بوصول حقه إليه، وحقه في الثَّمن السليم لا في المعيب؛ فإذا وَجَده معيباً فلم يسلم له حقه، فكان له أن يستردَّ المبيع حتى يستوفي حقه؛ كالرَّاهن إذا قضى دين المرتهن وقبض الرهن، ثم إن المرتهن وجد المقبوض زيوفاً ـ كان له أن يرده ويستردَّ الرهن؛ لما قلنا، كذا هذا.

ولنا: أن البائع يسلم المبيع بعد اسْتِيفاء جنس حقه، فلا يملك الاسْتِرْداد بعد ما استوفى حقه؛ ودلالة ذلك أن الزيوف جنس حقّه من حيث الأصل، وإنما الفائت صفة الجودة؛ بدليل أنه لو تجوز به في الصَّرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جِنْس حقه لما جاز؛ لأنه يكون استبدالاً ببدل الصَّرف والسلم وأنه لا يجوز، وإذا كان المقبوض جنس حقه، فتسلم المبيع/ ٣/١٣١ب بعد استيفاء جِنْس الحق ـ يمنع من الاسترداد بخلاف الرَّهن؛ لأن الارتهان استيفاء لحقّه من الرهن، والافتكاك إيفاء من مال آخر؛ فإذا وجد زيوفاً تبين أنه ما استوفى حقه، فكان له ولاية الاسترداد.

والدليل على التَّفرقة بين الرهن والبيع[2]: أنه لو أعار المبيع المشْتَري بطل حق الحبس،

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: المبيع.

حتى لا يملك استرداده؛ ولو أعار المرْهُون الراهن، لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده؛ فإن وجده ستوقاً أو رصاصاً أو مستحقاً، وأخذ منه ـ له أن يسترد[1] بخلاف الزيوف؛ لأن البائع إنما أذن للمشْتَري بالقبض على أنه استوفى حقه، وتبين أنه لم يستوف أصلاً ورأساً؛ لأن الستوق والرّصاص ليسا من جِنْس حقه.

ألا ترى أنه لو تجوز بها في الصَّرف والسلم لا يجوز؛ وإن كان الإذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق، وقد تبيَّن أنه لم يتسوف، فتبين أنه لم يكن إذناً له بالقبض ولا راضياً به، فكان له ولاية الاسترداد.

ولو كان المشْتَري تصرّف فيه فلا سبيل للبائع عليه، سواء كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبَيْع والرهن والإِجَارة ونحوها، أو لا يكون كالإِعتاق ونحوه، بخلاف ما إذا قَبَضه بغير إذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفاً يحتمل الفسخ ـ أنه يفسخ ويسترد؛ لأن هُنَاك لم يوجد الإذن بالقبض، فكان التصرف في المبيع إبطالاً لحقه، فيرد عليه إذا كان محتملاً للرد.

وهنا وجد الإذن بالقبض، فكان تصرّف المشْتَري حاصلاً عن تسليط البائع، فنفذ وبطل حقه في الاسترداد كالمقْبُوض على وجه البيع الفَاسِد إذا تصرف فيه المشتري ـ أنه يبطل حق البائع في الفسخ، إلا أن في البيع الفاسد إذا أجر المبيع تفسخ الإجارة، وههنا لا تفسخ؛ لأن الإِجَارة تفسخ بالعذر، وقد تحقق العذر في البيع الفاسد؛ لأنه مستحقّ الفَسْخ حقاً للشرع دفعاً للفساد، فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذراً في فَسْخ الإجارة، ولا فساد ههنا فلا عذر في الفسخ، فلا يفسخ.

ولو كان مكان البيع كتابة، فأدى المكَاتب بدل بالكتابة فعتق، ثم وجد المولى المقبوض زيوفاً أو مستحقاً ـ فالعتق مَاضٍ؛ فإن وجده ستوقاً أو رصاصاً لا يعتق؛ لما ذكرنا أن الزيوف من جنس حقه، فصار بقبضها قابضاً أصل حقه، وكذا قبض الدَّراهم المستحقّة وقع صحيحاً ظاهراً، واحتمال الإجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضاً، والعِتْق بعد ثبوته ظاهراً لا يحتمل الفسخ، بخلاف ما إذا وجدها ستوقاً أو رصاصاً؛ لأن ذلك ليس من جنس حقه أصلاً ورأساً فلم يوجد، أو أبدل الكتابة فلا يعتق، يحقق الفرق بينهما إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه، فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زيوفاً أو مستحقاً، فرد الزيوف أو أخذ المالك المستحقّة بر في يمينه، وإن وجده ستوقاً أو رصاصاً **حنث** في يمينه والله عز وجل أعلم.

---

(١) في ط: يرد.

ولو قبض المشتَري المبيع بإذن البائع، ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيئاً، وعليه ديون لأناس شتى هل يكون البَائِع أحق به من سائر الغُرَماء؟ اختلف فيه.

قال أصحابنا: لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه، فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحِصَص.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: البائع أحقّ به، وإن لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات؛ فإن كان الثمن مؤجَّلاً، فهو على هذا الاخْتِلاف؛ وإن كان حالاً، فالبائع أحَقُّ به بالإجماع.

احتجَّ الشَّافعي بما روي عَنْ رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «**إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَري فَوَجَدَ البَائِعَ مَتَاعَهُ عِنْدَهُ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**»[1] وهذا نصف في الباب؛ ولأن العجز عن تَسْليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري بالإجماع؛ فإن من باع عبداً فأبق قبل القبض أو غصب، أو كانت دابّة فضلّت ـ للمشتري أن يفسخ البيع، والعَجْز عن تسليم الثمن يوجب الفَسْخ للبائع أيضاً؛ لأن البيع عقد معاوضة ومبني المعاوضات على المساواة.

ولنا: ما روي عن النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أنه قال: «**مَنْ بَاعَ بَيْعاً فَوَجَدَهُ وَقَدْ أَفْلَسَ الرَّجُلُ فَهُوَ مَالُهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ**»[2] وهذا نص وهو عين مذهبنا؛ ولأن البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشتَري حياً **ملياً**[3]، فلا يكون أحق/ بثمنه بعد موته وإفلاسه؛ لأن الثَّمن بدل المبيع قائم مقامه، واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد؛ لأن بينهما مفَارقَة في الأحْكَام. ٣/ ١٣٢أ

ألا ترى أن ملك المبيع شرط جواز العَقْد، وملك الثمن ليس بشرط؛ فإنه لو اشترى شيئاً بدَرَاهم لا يملكها جاز.

ولو باع شيئاً لا يَمْلكه لا يجوز؛ وكذا لا يجوز التصرُّف في المبيع المنقول قبل القبض، والتصرف في الثمن قبل القبض جائز، وغير ذَلك من الأحكام، فكان اعتبار الثَّمن بالمبيع على الإِطْلاَق فاسد، والحَدِيث محمول على ما إذا قبض المبيع بغير إذن البائع، وعندنا: البائع أحق به في هذه الحالة إلا أنه ذكر الإفلاس، وإن كان حق الاسترداد لا يتقيد به؛ لأن المليء يتمكن من دفع الاسْتِردَاد بنقد الثمن، والمفْلس لا يتمكن من ذلك، فكان ذكر الإِفْلاس مفيداً، فحملناه على ما قلنا توفيقاً بين الدَّلائل، والله عز وجل الموافق.

ومنها وجوب الاسْتِبْراء في شراء الجارية، وجملة الكَلاَم فيه: أن الاستبراء نوعان: نوع هو مَنْدُوب ونوع هو واجب:

---

(١) تقدم. (٢) تقدم.

(٣) مليًا: كثير المال.

أما المندوب إليه: فهو اسْتِبْراء البائع إذا وطئ جارية، وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من الوُجُوه عند عامة العلماء، وقال مالك ـ رحمه الله ـ: هو واجب.

وجه قوله: أنه يحتمل شغل الرَّحم بماء البائع، فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما في جانب المشتري.

ولنا: أن سبب الوجوب لم يوجد في حق البَائع على ما نذكر، والاعتبار بالمشتري غير سديد؛ لأن الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاخْتِلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشْتَري لا بفعل البائع، فتجب الصيانة عليه بالاسْتِبراء لا على البائع، إلا أنه يندب إليه لتوهم اشتغال رحمها بمائه، فيكون البيع قبل الاسْتِبراء مباشرة شرط الاخْتِلاط، فكان الاستبراء مستحبّاً؛ وكذا إذا وطئ أمته أو مدبرته أو أم ولده، ثم أراد أن يزوجها من غيره ـ يستحب ألاَّ يفعل حتى يستبرئها لما قلنا، وإذا زوجها قبل الاسْتِبراء أو بعده، فللزوج أن يطأها من غير استبراء.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: أَحَبُّ إلي أن يسْتَبرئها بحيْضَة ولست أوجبه عليه، وكذلك الرجل إذا رأى امرأة تزني ثم تزوجها، له أن يطَأَهَا من غير استبراء. وقال محمد: أَحَبُّ إلي ألاَّ يطأها حتى يسْتَبرئها ويعلم فراغ رحمها، والله أعلم.

وأما الاستبراء الواجب فهو استبراء المشْتَري، وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحدوث ملك اليمين مطلقاً، والكَلاَم فيه في مواضع: في بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء، وفي بيان سبب وجوبه، وفي بيان ما يقع به من الاستبراء.

أما الأول: فالأصل فيه ما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال في سَبَايَا أَوْطَاس: **«أَلاَ لاَ تُوطَأُ الحَبَالىٰ حَتَّى يَضَعْنَ، وَلاَ الحَيَالَى حَتَّى يسْتَبرأنَ بِحَيْضَةٍ»** والنص الوارد في السَّبي يكون وارداً في سائر أسباب الملك دلالة؛ ولأن الاستبراء طَلَب براءة الرحم، وأنه واجب على المشتري؛ لأن به يقع الصيانة على الخلط، والخلط حرام. لما رُوِيَ عَنْ رَسُولَ اللَّهِ ـ ﷺ ـ أنه قال: **«مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْم الآخِرِ، فَلاَ يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»** والصيانة عن الحرام تكون واجبة، ولا تقع الصِّيانة إلا بالاسْتِبراء فيكون واجباً ضرورة، فلا يحل له وَطْؤُها قبل الاستبراء، ولا أن يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها عن شهوة؛ لأن كل ذلك داع إلى الوَطْء، والوطء إذا حرم حرم بدواعيه كما في باب الظهار وغيره؛ بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعي منها؛ لأن المحرم هناك ليس هو الوطء بل استِعْمال الأذى، والوطء حرام لغيره، وهو استعمال الأذى، ولا يجُوز ذلك في الدَّواعي فلا يجوز، والله أعلم.

وأما سبب وجوبه: فهو حُدُوث حل الاستِمْتَاع بحدوث ملك اليمين مطلقاً، يعني به ملك الرقبة واليد بأي سبب حدث الملك من الشِّراء والسبي والصدقة والهبة والإرث ونحوها، فلا

يجب الاسْتِبراء على البائع؛ لانعدام السَّبب وهو حدوث الحل، ويجب على المشْتَري لوجود سببه، سواء كان بائعه ممن يطأ أو ممن لا يطأ؛ كالمرأة والصَّبي الذي لا يعقل، وسواء كانت الجارية بكراً أو ثيباً/ في ظاهر الرواية لما قلنا. ٣/ ١٣٢ب

وروي عن أبي يوسف: أنه إذا علم المشْتَري أنها لم توطأ، لا يجب الاستبراء؛ لأن الاستبراء طَلَب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها، ورحم البكر برية فارغة عن الشغل، فلا معنى لطلب البراءة والفراغ.

والجواب: أن الوقُوف على حقيقة الشّغل والفَرَاغ متعذّر، فتعلق الحكم بالسبب الظاهر، وهو حُدُوث حل الاستمتاع بحُدُوث ملك اليمين مطلقاً وقد وجد، ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بعَارض الحيض والنِّفاس والردَّة والكتابة والتزويج إذا زالت هذه العَوَارض، بأن طهرت وأسلمت وعجزت، فطلقها الزوج قبل الدُّخول بها؛ لأن حل الاستِمْتَاع لم يحدث، بل كان ثابتاً لكن منع منه لغيره، وقد زال بزوال العوارض؛ وكذا لم يحدث مِلْك اليمين فلم يوجد السبب، ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين؛ بأن وَطِئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها لا بشهوة، أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها أو نَظَر إلى فرجها عن شهوة، أو كانت مرتدة أو مجوسية ونحو ذلك من الفُرُوج التي لا تحل بملك اليمين؛ لأن فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حُصُول انعدام مانع معين منه، وهو اختلاط الماءين، والاستبراء في هذه المواضع لا يفيد التمكُّن من الاستمتاع لوجود مانع آخر؛ وهو أن المحل لا يحتمل الحل، ولا يجب على العَبْد والمكاتب والمدبر؛ لانعدام حدوث[1] حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم المُلك لهم؛ قال النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: **«لاَ يَتَسَرَّى العَبْدُ وَلاَ يُسَرِّيه مَوْلاَهُ، وَلاَ يَمْلِكُ العَبْدُ وَلاَ المُكَاتَبُ شَيئاً إِلاَّ الطَّلاَق»**[2].

ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر: إن لم يكن على العَبْد دين أصلاً أو عليه دين غير مستغرق ـ لا يجب عليه أن يستبرئها إذا كانت حَاضَت عند العبد ويجتزئ بتلك الحيضة؛ لأن كسب المأذون الذي لا دَيْن عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى، فقد حاضت في ملك نفسه فيجتزي بها عن الاستبراء، وإن كان عليه دين مُسْتغرق رقبته وكسبه، يجب عليه الاستبراء عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعند أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: لا يجب عليه؛ بناء على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً عنده وعندهما

(١) في ط: حدث.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٦٥) دون لفظ: «لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه» وقال: غريب. وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ١٩٨): لم أجده.

يملكه، ولو تبايعا بيعاً صحيحاً ثم تقايلا؛ فإن كانت الإِقالة قبل القبض، فالقياس أن يجب الاسْتِبْرَاء على البائع، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ، وفي الاستحسان لا يَجِبُ، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ.

وجهِ القِيَاس: أنه وجد سبب الوُجُوب في حقه، وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة، وإِنْكَار الحَقَائق مكابرة.

وجه الاستِحْسَان: أن الإقالة[١] قبل القَبْض فسخ، والفسخ رفع من الأصل وإعادة إلى قديم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع، فلم يوجد السَّبب مع ما أن الملك قبل القبض غير متأكد، والتأكيد إثبات من وجه، فلم يتكامل الملك للمشْتَري، فلم يحدث مِلْك اليمين للبائع على الإِطْلاق، فلم يتكامل السبب، وإِن كانت الإقالة بعد القَبْض يجب.

أما عند أبي يوسف: فلأن الإقَالة بيع جديد، فكانت استحداثاً للملك مطلقاً وأما عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ: وإن كانت فَسْخاً لكن في حقّ العاقدين، فأما في حق ثالث فبيع جديد، والاستبراء يجب حقّاً للشرع، فاعتبر حق الشرع ثالثاً في حق وجُوب الاسْتِبْراء احتياطاً.

ولو رد الجارية بعيب أو خِيَار رؤية، يجب الاستبراء على البائع؛ لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليَمِين؛ لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت الملك للمشتري.

وأما الرد بخيار الشرط فينظر فيه: إن كان الخِيْار للبائع، فلا يجب الاستبراء بالإجماع؛ لأن خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه، فلم يوجد حُدُوث حل الاسْتِمتَاع بحدوث ملك اليمين.

وإن كان الخيار للمشْتَري لا يجب الاستبراء على البَائِع عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ؛ سواء كان الرد قبل القبض أو بعده، بناء على أن خِيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه عند أبي حنيفة، وإذا لم تدخل في ملك المشْتَري، وإن خرجت عن ملك[٢] البائع؛ فكأنها[٣] لم تخرج وبَقِيت على ملكه، فلم يوجد سبب الوُجُوب.

٣/١٣٣أ وأما عندهما: فإن كان الرّد قبل القبض، فالقِيَاس أن يجب؛ لأنها زالت/ عن ملك البائع

(١) سيأتي الكلام عليها مفصلاً في الفسوخ.

(٢) في أ: يد.

(٣) في ط: فلأنها.

ودخلت في ملك المشتري؛ فإذا ردت عليه، فقد وجد سبب الوُجُوب في حق البائع، وفي الاسْتِحْسَان لا يجب؛ لأن الرّد قبل القبض فسخ محض ورفع للعقد من الأصل كأنه لم يكن؛ وإن كان بعد القَبْض يجب الاستبراء قياساً واستحساناً؛ لأنها دخلت في ملك المشتري.

وإن كان البيع[1] فاسداً، وردت الجَارِية إلى البائع، فإن كان قبل القبض فلا استبراء على البائع؛ لأنها على ملكه فلم يحدث له الحل؛ وإن كان بعده، فعليه الاستبراء بالإجماع لوجود السبب.

ولو أسر العدو الجارية ثم عادت إلى المالك؛ فإن كان قبل الإحْرَاز بدار الحرب، فلا استبراء على المالك؛ لانعدام السَّبب وهو حدُوث الحل بحدوث الملك؛ وإن كان بعد الإحْرَاز بدارهم[2] وجب لوجود السَّبب؛ ولو أبقيت من دار الإسلام إلى دار الحرب، وأخذها الكُفَّار ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه ـ فلا استبراء عليه عند أبي حنيفة؛ لأنهم لم يمْلِكوها فلم يوجد السبب، وعندهما: عليه الاستبراء؛ لأنهم ملكوها لوجود السَّبب.

ولو اشترى جارية مع غيره فلا اسْتِبْراء عليهما؛ لانعدام السبب وهو حدوث الحل؛ إذ لا تحل لأحدهما؛ ولو اشْتَرى جارية ولها زوج، فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول بها ـ فلا استبراء على المشْتَري؛ لأنه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت الشِّراء؛ لقيام فراش الزوج، وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو مِلْك اليمين.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ: أن على قول أبي يوسف يجب الاسْتِبراء على المشتري، ومن هذا استخرجوا لإسقاط الاسْتِبراء حيلة؛ وهي أن يزوج البائع الجارية ممن يجوز له نِكَاحها ولم يكن تحته حرة، ونحو ذلك من الشرائط، ثم يبيعها ويسلمها إلى المشتري، ثم يطلقها الزَّوج قبل الدُخول بها، فتحل للمشتري من غير استبراء، وإن طلقها الزوج قبل القبض، ثم قَبَضها المشْتَري ـ لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها.

وحيلة أخرى لإسْقَاط الاسْتبراء: أن يزوّجها البائع من المشْتَري قبل الشراء، والمشتري ممَّن يجوز له نكاحها؛ بأن لم يكن تحته حرة ونحو ذلك، ثم يشْتَريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء، وهذا الوجه الثاني أولى؛ لأنه يسقط عنه جميع المهر، وفي الوجه الأول على الزَّوج المطلق نصف المهر للبائع، فيحتاج إلى إبرائه عنه.

---

(١) في ط: المبيع.

(٢) في ط: بدراهم.

ولو كانت الجارية في عدَّة من زوجها؛ عدة طلاق أو عدة وفاة، فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها ـ فلا استبراء عليه؛ لأن قِيَام العدّة بمنزلة قيام النكاح؛ ولو كانت منكوحة فطلقها قبل الدخول بها، لم يجب الاسْتِبراء، كذا هذا، وعلى ما ذكره الكرخي ـ رحمه الله ـ على قول أبي يوسف: يجب الاسْتِبراء؛ فإن انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك، ولا تحلُّ له حتى يستبرئها بعد القبض بحيضة أخرى في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه يعتد بذلك كما يعتدّ بالحَيْضَة قبل القبض عنده، وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء في النكاح؛ حتى إن من تزوَّج جارية، فللزوج أن يطأها من غير استبراء؛ لأن السبب لم يوجد وهو حُدُوث حل الاستمتاع بملك اليمين.

وقال محمد: أحب إلي أن يستبرئها بحيضة ولست أوجِبُها عليه.

وذكر الكرخي ـ رحمه الله ـ وقال: لا اسْتِبراء عليه في قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ.

وقال أبو يوسف: استبرأ بها [على](١) الزوج استِحْسَاناً.

وجه قول أبي يوسف: أن المعنى الذي له وجب الاسْتِبْراء في ملك اليمين موجود في ملك النكاح؛ وهو التعرف عن بَرَاءة الرحم، فوجب الاسْتِبراء في الملكين، ولأبي حنيفة: أن جواز نِكَاحها دليل براءة رحمها شرعاً، فلا حاجة إلى التعرف بالاستبراء، وما ذكره محمد نوع احْتِياط وهو حسن.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى جارية فلم يقبضها، حتى حَاضَت في يد البائع حيضة ـ أنه لا يجتزي بها في الاستبراء في ظاهر الرواية، حتى لو قَبَضها لا تحل له حتى يستبرئها بحيضة أخرى؛ لأنه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القَبْض ولا حدث له ملك اليمين على الإطلاق لانعدام اليد؛ وهذا لأن الملك قبل القَبْض غير متأكد، والتأكد إثبات من وجه/ ، فكان له حكم العَدَم من وجه، فلم يجب به الاستبراء. ٣/١٣٣ب

وروي عن أبي يوسف: أنه يجتزي بها ولا استبراء؛ لأن الحَيْضَة قبل القبض تصلح دليلاً على فراغ رحمها، فَحَصَل المقصود من الاستبراء فيكتفي بها.

وأما بيان ما يقع به الاسْتِبراء فنقول وبالله تعالى التَّوفيق: الجارية في الأصل لا يخلو: إما إن كانت ممن تحيض وإما إن كانت ممن لا تَحِيض؛ فإن كانت ممن تحيض، فاستبراؤها

---

(١) سقط من ط.

بحيضة واحدة عند عامَّة العلماء وعامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، وعن معاوية ـ رضي الله عنه ـ: أن اسْتَبرَاءها بحيضتين؛ لأن الاستبراء أخت العدة، وعدتها حيضتان، والصَّحيح قول العامة؛ لما روي عن النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أنه قال في سَبَايَا أَوْطَاسِ: **«أَلاَ لاَ تُوطَأُ الحُبَالَىٰ حَتَّىٰ يَضَعْنَ، وَلاَ الحَيَالَىٰ حَتَّى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ»** والفعلة للمرة، والتقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه إلا بدليل؛ ولأن ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة، فكان ينبغي ألاَّ يشْتَرط العدد في باب العدة أيضاً، إلا أنا عرفنا ذلك نصاً بخِلاَف القِيَاس، فيقتصر على موْرد النص.

وإن كانت ممن لا تَحِيض فلا يخلو: إما أن كانت لا تحيض لصغر أو لكبر، وإما أن كانت لا تَحِيضُ لعلة وهي الممتد طهرها.

وأما إن كانت لا تَحِيض لحبل؛ فإن كانت لا تحيض لصغر أو لكبر، فاستبراؤها بشهر واحد؛ لأن الأشهر أقيمت مَقَام الأقراء في حق **الآيسة** والصغيرة في العدة، فكذا في باب الاستبراء.

وإن كانت لا تَحِيض لعلةٍ فقد اخْتَلفوا فيه: قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل، ولم يوقت في ذلك وقتاً.

وقال أبو يوسف: يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر.

وعن محمد روايتان: في رواية قال: يسْتبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الإماء وفي رواية قال: يستبرئها بأرْبَعة أشهر وعشر مدة عدة الحرائر، وقال زفر: يستبرئها بسنتين؛ لأن الولد الموجود في البطن لا يبقى أكثر من سنتَين، فإذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل، ويحتمل أن يكون هذا تَفْسير قول أبي حنيفة: لا يطَؤُها حتى يعلم أنها غير حامل، وهو اختيار الطَّحاوي، ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسُف تَفسيراً لقوله؛ لأنها مدة يعلم فيها أنها ليست بحامل؛ لأن الحبل يظهر في مثل هذه المدَّة، لو[1] كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك، فيدل عدم الظهور على براءة رحمها؛ وإن كانت لا تحيض لحبل بها، فاستبراؤها بوضع الحمل بعد القبض؛ لأن وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة، فإذا وضعت حَمْلها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع، ما دامت في نفاسها كما في الحائض؛ فإن وَضعت حَمْلها قبل القبض، ثم قبضها ـ لا يطؤها حتى يستبرئها، ولا يجتزي بوضع الحمل قبل القَبْض. كما [لا][2] يجتزي بالحيضة قبل القبض، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف: يجتزي به كما يجتزي بالحَيْضة قبل القبض، والله عز وجل أعلم.

---

(١) في أ: أو.
(٢) سقط من ط.

ثم ما ذكرنا من الحكم الأصلي للتبع[1] وما يَجْري مجرى التوابع للحكم الأصلي ـ كما يثبت في المبيع يثبت في زوائد المبيع عندنا، ، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يثبت شيء من ذلك في الزوائد، والكلام فيه مبني على أصل؛ وهو أن زَوائد المبيع مبيعة عندنا، سواء كانت منفصلة أو متصلة، متولدة من الأصْل أو غير متولدة منه، إلا الهبة والصدقة والكسب، وعنده: ليست بمَبِيعة أصْلاً، وإنما تملك بملك الأصل لا بالبيع السابق.

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ في إِثبات هذا الأصْل: أن المبيع ما أضيف إليه البيع ولم توجد الإضافة إلى الزوائد؛ لكونها منْعَدِمة عند البيع ـ فلا تكون مبيعة؛ ولهذا لم يكن الكسب مبيعاً؛ ولأن المبيع ما يُقَابِله ثمن؛ إذ البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن؛ لأن كل الثمن مُقَابل بالأصل، فلم تكن مبيعة كالكسب، ولهذا لم تجز الزيادة عنده في المَبِيع والثمن.

ولنا: أن المبيع ما يثبت فيه الحكم الأَصلي للبيع [بالبيع][2] والحكم الأصْلي للبيع يثبت في الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة.

وبيان ذلك: أن الحكم الأصلي للبيع هو الملك، والزوائد مَمْلُوكة بلا خلاف؛ والدَّليل على أنها مملوكة بالبيع السابق أن البيع السَّابق أوْجب المِلْك في الأصل، ومتى ثبت المِلْك في الأصل ثبت في التبع، فكان ملك الزِّيادة بواسطة ملك الأصل مضافاً إلى البَيْع/ السابق، فكانت الزيادة مَبِيعة، ولكن تبعاً لثُبوات الحكم الأصلي فيها تبعاً. ٣/ ١٣٤أ

وعلى هذا الأصْل مسائل بيننا وبين الشّافعي ـ رحمه الله ـ: منها أن للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن، كما له حق حَبْس الأصل عندنا، وعنده: ليس له أن يحبس الزوائد.

ومنها: أن البائع إذا أتلف الزيادة سَقطَت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا؛ كما لو أتلف جزءاً من المبيع، وعنده: لا يَسْقط شيء من الثمن وعليه ضمانها، كما لو أتلفها أجنبي، ولا خيار للمشتَري عند أبي حنيفة، وعندهما يثبت على ما مر؛ وكذا إذا أتلف الأرش أو **العقر** قبل القَبْض عندنا؛ لأنه بدل الجزء الفائت، فكان حكمه حكم الجزء.

ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسْقُط شيء من الثمن بالإجماع، وإن كانت مبيعة عندنا؛ لأنها مبيعة تبعاً بمنزلة أطراف الأم لا مقْصوداً، والأطراف كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، إلا أن تصير مقْصُودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد، ولا خيار للمشتري؛

(١) في ط: للبيع.

(٢) سقط من ط.

لأن الصَّفقة لم تتفرق عليه؛ لأن العقد ما أضيف إليها، وإنما يثبت حكم العقد فيها تبعاً، فلا يثْبُت الخيار إلا في ولد الجارية إذا هلك قبل القبض بآفة سماوية؛ فإنه يثبت الخِيَار للمشْتَري لا لهلاك الزيادة، بل لحدوث نقصان في الأم بسبب الولادة، وكذا لا خيار بُحدوث زيادة ما قبل القبض إلا في ولد الجارية؛ لأجل نُقْصَان الأم بالولادة لا لحدوث الزيادة.

ومنها: أن المشتري إذا قبض الزَّوائد يصير لها حصَّة من الثمن بالقبض عندنا، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزِّيادة يوم القبض، حتى لو اطلع المشتري على عيب بالأصل فإنه يرده بحصته من الثَّمن لا بجَميع الثمن عندنا، وعنده: لا حصة للزيادة من الثمن بحال، وعند ظُهُور العيب بالأصل يرد بكل الثمن ولا يكون بإزاء الزيادة شيء، وكذا إذا وَجَد بالزِّيادة عيباً يردها بحصتها من الثمن، وعنده: لا يردها بالعَيب أصلاً.

وكذا المشْتَري إذا أتلف الزِّيادة قبل القَبْض يَصِير لها حصَّة من الثمن عندنا لأنه صار قابضاً له بالإتلاف، وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا وعنده: لا حصة لها من الثمن بحال؛ ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة، يبقى العقد في قدر الزيادة عندنا، ويصير لها حصة من الثمن، فينقسم الثمن على الأصل يوم العقد، وعلى الزيادة يوم الهلاك، فيبطل مِلْك الثمن بقدر قيمة الأصل، ويبقى بحصة الزيادة، بخلاف ما إذا هلك [الأصل][1] قبل حدوث الزِّيادة حيث يَنْفَسخ العقد أصلاً ورأساً، ويسقط كل الثمن؛ لأن هناك لا فائدة في بقاء العقد؛ إذ لو بقي لطَلَب البائع من المشتري الثمن، فيطلب المشتري منه تسليم المبيع، ولا يمكن تَسْلِيمه فينفسخ ضرورةً لانعدام فائدة البقاء؛ وإذا بقيت الزيادة كان في بَقَاء العقد في الزيادة فائدة لإمكان تسليمها، فبقي العقد فيها وصار لها حصة من الثمن، فينْقَسم على الأصل والزيادة على ما ذكرنا، وعنده: إذا هلك الأصْل انفسخ العقد أصْلاً ورأساً. ومنها: أنه إذا أتلفها أجنبي وضمنها بلا خلاف، فالمشْتَري بالخيار عندنا: إن شاء اختار الفسخ ويرجع البائع على الجاني بضَمَان الجِنَاية، وإن شاء اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان، وعليه جميع الثمن كما لو أتلَف الأصْل، وعنده: عليه الضمان ولا خيار للمشتري.

ومنها: إذا اشترى نخلاً بكر من تَمْر، فلم يقبض النَّخل حتى أثمر النخل كراً، فقبض النخل مع الكر الحادث ـ لايطيب الكر، وعليه أن يتصدَّق به عندنا؛ لأن التمر الحادث عندنا زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعاً، وله عند القَبْض حصة من الثَّمن كما لغيره من الزوائد، والتَّمر من جنسه زيادة عليه؛ فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا، فيفسد البَيْع في الكر الحادث ولا يفسد في النخل، بخلاف ما إذا باع نخلاً وكراً من تَمْر بكر من تمر أن العقد

---

(١) سقط من ط.

يفسد في التمر والنخل جميعاً؛ لأن هناك الربا دخل في العَقْد باشتراطهما وصنعهما؛ لأن بعض المبيع مال الربا وهو التمر، والتمر مقسوم عليهما فيتحقَّق الربا، وإدخال الربا في العقد يفسد العقد كله، وههنا/ البيع كان صحِيحاً في الأصل؛ لأن الثمن خلاف جنس المبيع وهو النخل وحده، إلا أنه لما زاد بعد العَقْد صار مبيعاً في حال البقاء لا بصنعهما، فيفسد في الكر الحادث ويقتصر الفَسَاد عليه.

٣/ ١٣٤ب

ومنها إذا اشتَرى عبداً بألف درهم يُساوي ألفين، فقتل قبل القبض، فاختار البيع واتباع الجاني، فأخذ قيمته ألْفين يتصدَّق بالألف الزائد عندنا؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وعنده لا يتصدَّق بشيء والله عز وجل أعلم.

ومنها: إذا غصب كر حِنْطَة فابتلَّت[١] في يد الغَاصِب وانتفخت، حتى صارت كراً ونصف كر ـ ضمن للمالك كراً مثله؛ فإنه يملك ذلك الكُر ونصف الكر عندنا، لكن يتصدق بنصف الكر الزائد، وطاب له ما بقي؛ لأن المِلْك عندنا[٢] يثبت من وقت الغصب بالضمان، والزيادة بالانتفاخ حَصَلت بعد ذلك، فتعتبر بالزيادة المتولدة، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ في هذا الفَصْل: يرد الكل؛ لأن المضمونات عنده لا تملك بالضمان.

ومنها: أن الزوائد الحادثة بعد القَبْض مبيعة أيضاً عندنا؛ حتى لو وجد المشتري بالأصل عيباً، فالزيادة تمنع الرد والفَسْخ بالعيب وبسائر أسباب الفسخ على ما نذكره في خيار العيب في بيان الأسْبَاب المَانِعة من الرد بالعيب إن شاء الله تعالى، وعنده: ليست بمانعة[٣] في أي حالٍ حدثت[٤]، ولا تمنع رد الأصل بالعيب بكل الثمن.

ولو اشترى أرضاً فيها أشْجار مثمرة؛ فإن كان عليها ثمر وسماه حتى دخل في البيع، فالثمر له حصَّة من الثمن بلا خلاف، حتى لو كانت قيمة الأرض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثَّمر كذلك؛ فإن الثمن يقسم على الكل أثلاثاً بالإجماع؛ لأن الكل معقود عليه مقصوداً لورود فعل العقد على الكل، فإن كان للثمر حصة من الثمن حتى لو هلك بآفة سَمَاوية أو بفعل البائع؛ بأن أكله ـ يسقط عن المشتري ثلث الثمن، وله الخيار إن شَاء أخَذَ الأرض والشجر بثلثي الثمن وإن شاء ترك؛ لأن الثمر لما كان مبيعاً مقصوداً فبهلاكه تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام، فيثبت الخيار، وإن لم يكن الثَّمر موجوداً وقت العقد. وحدث بعده قبل القبض، فأكله البائع فقد صار له حصَّة من الثمن عندنا لصيروته مبيعاً مقصوراً بالإتلاف على ما بينا، لكن الكَلام في كيفية أخذ الحصة فاختلف أصحابنا فيها:

---

(١) في ط: فابتليت.
(٢) في أ: عنده.
(٣) في ط: بمبيعة.
(٤) في أ: كان.

قال أبو حنيفة ومحمد: يأخذ الحصة من الشَّجر والأرض جميعاً، فيقسم الثمن على الشجر والأرض والثمن أثلاثاً، فيسقط ثلث الثمن بإتلاف البائع.

وقال أبو يوسف: يأخذ الحصة من الشجر خاصة، فيقسم الثمن على قيمة الأرض والشجر، ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه يوم العقد، وعلى قيمة الثَّمر يوم الإتْلاف، فيسقط بيانه إذا كانت قيمة الأرض ألفاً وقيمة الأشجار ألفاً وقِيمة الثمر كذلك، فأكل البائع الثمر قبل القبض ـ يسقط عن المشتري ثلث الثَّمن عندهما، ويأخذ الأرض والأشجار بثلثي الثمن، ولا خيار له عند أبي حنيفة خاصَّة، وعند محمد: له الخيار إِن شاء أخذ الأرض والشجر بثلثي القيمة، وإن شاء ترك.

وعند أبي يوسف: يسقط عن المشتري ربع الثَّمن، فيقسم الثمن على الأشجار والأرض نصفين، ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه وعلى الثَّمر نصفين، فكان حصة الثمر ربع الثمن، فيسقط ذلك كله، وله الخيار: إنْ شاء أخذ الأرْض والشجر بثلاثة أرباع الثمن وإن شاء ترك.

وجه قول أبي يوسف: أن الثمر تابع للشجر؛ لأن الثَّمر متولد منها، فيأخذ الحصة كلها[1]؛ كما لو اشْتَرى جارية مع ولدها فولدت مع ولدها ولداً آخر، فالولد الثاني يكون له حصَّة من الولد الأول.

ولهما: أن الشَّجر تابع للأرض في البيع؛ بدليل أنه يدْخل في الأرض من غير تسمية؛ ولو هَلَكَت بعد ما دخلت قبل القبض، لا يسْقُط شيء من الثمن ـ دل أنها تابعة، وما كان تابعاً لغيره في حُكْم لا يستتبع غيره في ذلك الحُكْم، فكان نظير مسألتنا ما لو اشْتَرى جارية فولدت ولداً قبل القبض، ثم ولد ولدها ولداً ـ لا يكون للولد الثاني حصَّة من الولد الأول؛ لأن الأول في نفسه تابع فلا يستتبع غيره، كذا ههنا والله عز وجل أعلم.

ويتصل بما ذكرنا الزِّيادة في المبيع والثَّمن والحطّ عن الثمن، والكلام فيهما في ثلاثة مواضع:

أحدها: في أصل الجَوَاز أنهما جائزان أم لا؟

والثاني: في شرائط الجواز.

والثالث: في كيفية الجَوَاز.

أما الأول: فقد اختلف العلماء[2] فيه، قال أصْحَابنا الثلاثة: الزيادة في المبيع/ والثمن جائزة مبيعاً وثمناً؛ كأن العقد ورد على المزيد عليه، والزِّيادة جميعاً من الابتداء. ٣/ ١٣٥أ

---

(١) في ط: منها.

(٢) في ط: العامة.

وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعاً وثمناً، ولكن تكون هِبَة مبتدأة؛ فإن قبضها صارت ملكاً له وإلا تبطل، وأظهر أقوال الشافعي ـ رحمه الله ـ مثل قولنا إن كان في مجلس العقد؛ وإن كان بعد الافتراق، فقوله مثل قول زفر.

وصورة المسألة: إذا اشتَرى رجل عبداً بألف درهم، وقال المشتري: زدتك خمسمائة أخرى ثمناً وقبل البائع، أو قال البائع: زِدْتُكَ هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعاً، وقبل المشتري ـ جَازَت الزيادة؛ كأن الثمن في الأصل ألف وخمسمائة والمبيع في الأصل عبدان أو عبد وثوب، سواءٌ كان ذلك قبل القبض أو بعده؛ وكذلك إذا اشترى عبدين بألف درهم، ثم زاد المشْتَري في الثمن مائة درهم ـ جازت الزيادة، كان الثمن في الأصل ألف ومائة تنقسم الزِّيادة على قيمتها؛ وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى، أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمًى، وزاد المشتري في الثمن مائة مطلقاً انقسمت الزيادة على قدر القيمتين، وعلى هذا الخلاف الزيادة في القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين؛ لأن الوَارِث خلف المورث في ملكه القائم بعد موته.

لا ترى أنه يرد بالعَيْب، ويرد عليه كان الوارث حي قائمٌ فزاد، وعلى هذا الخِلاَف الزيادة من الوَكِيل؛ لأنه يتصرف بتولية مستفادة من قبل الموكّل.

وأما الزيادة من الأجنبي فلا شكَّ أن عندهما لا تجوز، وأما عندنا: فإن زاد بأمر العاقد جاز؛ لأنه وكيله في الزيادة؛ وإن زادَ بغير أمره، وقفت الزيادة على إجازته؛ إن أجاز جازت وإن رد بطلت، إلا أن يضْمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على إجازة العاقد، وإن لم يحْصُل للأجنبي بمقابلة الزيادة شيء، وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبداً بألفِ درهم على أن خمسمائة سوى الألف على رجل ضمنه وقبل ـ فالعبد للمشتري والخمسمائة على الثَّالث من غير أن يستحق شيئاً بالخمسمائة، وذكر في «الجَامِع الصغير»: إذا قال الرجل: بع هذه الدَّارَ من فلان بألف درهم على أني ضامن لك من الثمن خمسمائة ـ أن البَيْع على هذا الشَّرط صَحيح والخمسمائة على الأجنبي؛ ولو قال: على أني ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن، كان باطلاً لا يلزمه شيء، وعلى هذا الخِلاف الزِّيادة في المهر المسمَّى في النكاح. وأما الزيادة في المنكوحة بالمهر الأول، فلا تجوز بالإجْمَاع؛ وعلى هذا الخلاف الزيادة في رأس مال السلم.

وأما الزيادة في المسلم فيه فلا تجوز بالإجْمَاع؛ وعلى هذا الخلاف الزيادة في الرهن.

وأما الزيادة في الدين فلا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد استِحْساناً، وعند أبي يوسف: جائز قياساً؛ والفرق لأبي حنيفة ومحمد بين الزِّيادة في الرهن وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن.

وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن أنه جائز عندنا، ويلْتَحق بأصل العقد والثمن هذا القدر من الابتداء؛ حتى إن المبيع إذا كان داراً، فالشَّفيع يأخذها بالشفعة بما بقي بعد الحط، وعندهما: هو هبة مبتدأة إلا أن قيام الدّين عليه أو كونه قابلاً لاستئناف العقد ليس بشرط لصحَّة الحطّ، بلا خِلاَف بين أصحابنا، وفي الزيادة خلاف نذكره إن شاء الله تعالى.

وجه قول زفر والشافعي ـ رحمهما الله ـ: أن الثَّمن والمبيع من الأسماء الإضافية المتقابلة، فلا يتصور مبيع بلا ثمن، ولا ثمن بلا مَبِيع، فالقول بجواز المبيع والثمن مبيعاً وثمناً قول بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مَبِيع؛ لأنَّ المبيع اسم لمال يقبل ملك المشتري وهو الثمن، والثمن اسم المالُ يقابل ملك البائع وهو المبيع، فالزيادة من البائع لو صحَّت مبيعاً لا تقابل ملك المشْتَري، بل تقابل ملك نفسه؛ لأنه ملك جميع الثمن؛ ولو صحت من المشتري ثمناً لا تقابل ملك البائع، بل تقابل ملك نفسه؛ لأنه ملك جميع المبيع، فلا تكون الزِّيادة مبيعاً وثمناً؛ لانعدام حقيقة المبيع والثمن فيجعل منه هبة مبتدأة؛ ولأن كل المَبِيع لما صار مقابلاً بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع ـ فالزيادة لو صحَّت مبيعاً وثمناً / لخلت عما يقابله؛ ٣/ ١٣٥ب فكانت فضل مال خال عن العوض في عقْد المعاوضة، وهذا تفسير الربا.

ولنا: في الزيادة في المهر قوله تعالى: ﴿فَأْتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الفَرِيضَةِ﴾ [سورة النساء، ٢٤] أي من بعد تلك الفَرِيضة؛ لأن النكرة إذا أعيدت معرفة يراد بالثاني الأول[1].

أمر الله سبحانه وتعالى بإيتاء المهور المسماة في النِّكاح، وأزال الجناح في الزيادة على المسمى؛ لأن ما يتراضاه الزوجان بعد التَّسمية هو الزيادة في المهر، فيدل على جواز الزيادة [في المهر][2] وروي عَن النَّبِيِّ ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أنه قَالَ للوازن[3]: «**زِنْ وَأَرْجِحْ؛ فَإِنَّا مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ هَكَذَا نَزِنْ**»[4] وهذا زيادة في الثمن وقد ندب ـ عليه الصّلاة والسلام ـ إليها

(١) في ط: غير الأول.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: للوزان.
(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٣٥٢) وأبو داود (٣/ ٢٤٥) كتاب البيوع، باب: «في الرجحان بالوزن والوزن بالأجر»، حديث (٣٣٣٦) والترمذي (٣/ ٥٧٦) كتاب البيوع، باب: «ما جاء في الرجحان في الوزن»، حديث (١٣٠٥).
والنسائي (٧/ ٢٨٤) كتاب البيوع، باب: «الرجحان في الوزن»، حديث (٤٦٠٦).
وابن ماجة (٢/ ٨٤٧ ـ ٨٤٨) كتاب التجارات، باب: الرجحان في الوزن، حديث (٢٢٢٠).
والدارمي (٢/ ٢٦٠) كتاب البيوع، باب: الرجحان في الوزن.
والبخاري في التاريخ الكبير (٤/ ١٤١ ـ ١٤٢).

بالقول والفعل، وأقل أحْوَال المندوب إليه الجواز. وروي عن النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ أنه قال: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شَرْط إلا ما خص بدليل؛ لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه، وإنما يَكُون كذلك إذا لزمه الوفاء به، وإنما يلزمه إذا صحَّتِ الزيادة مبيعاً وثمناً، فأما إذا كانت هِبَة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء؛ لأن العَاقِدين أوقعا الزيادة مبيعاً وثمناً كما لو تبايعا ابتداء؛ وهذا لأنَّ الأَصل أن تصرف الإنسان يقع على الوَجْه الذي أوقعه إذا كان أهلاً للتصرُّف، والمحل قابلاً وله ولاية عليه وقد وجد.

وقولهما: إن الثمن اسم لمالٍ يقابل ملك البائع، والمَبِيع اسم لمال يقابل ملك المشتري.

قلنا: هذا ممنوع، بل الثمن اسم لما أزال المشتري مِلْكه ويده عنه، بمقابلة مال أزال البائع ملكه ويده عنه، فيَمْلك كل واحدٍ منهما المال الذي كان ملك صَاحِبه بعد زوال ملكه عنه شرعاً على ما عرف.

ثم نقول: ما ذكراه حدّ المبيع والثمن بطريق الحقيقة، والزّيادة في المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصُّورة، والتَّسمية ربح بطريق الحقيقة؛ لأن الربح حقيقة ما يملك بعقد

= وابن الجارود في المنتقى (٥٥٩).
وابن حبان (١١/ ٥٤٨) في كتاب الإجارة، حديث (٥٢٤٧).
وعبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ٦٨) كتاب البيوع، باب: المكيال والميزان، حديث (١٤٣٤١).
والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٢ ـ ٣٣) كتاب البيوع، باب: المعطي يرجح في الوزن والوزان يزن بالأجر، كلهم من طريق سماك بن حرب عن سويد بن قيس به فذكره بنحوه إلا أنه لم يقل فيه: فإنا معاشر الأنبياء هكذا نزن.
قال الترمذي: حديث سويد حديث حسن صحيح، وأهل العلم يستحبون الرجحان في الوزن.
قلت: هو حسن فقط من أجل سماك بن حرب، فإنه صدوق، وبروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وقد تغير بأخرة فكان ربما يلقن «التقريب» (٢٦٣٩).
والحديث أخرجه أحمد (٤/ ٣٥٢).
وأبو داود (٣/ ٢٤٥) كتاب البيوع، باب: «في الرجحان بالوزن والوزن بالأجر»، حديث (٣٣٣٧).
والترمذي (٣/ ٥٨٩) كتاب البيوع، باب: «ما جاء في الرجحان في الوزن»، حديث (١٣٠٥).
والبيهقي (٦/ ٣٣) كتاب البيوع، باب: «المعطي يرجح بالوزن والوزن يزن بالأجر».
والحاكم (٢/ ٣٠ ـ ٣١).
والطبراني (٨/ ٨٦ ـ ٨٧) حديث (٧٤٠٢).
كلهم من طريق سماك بن حرب عن أبي صفوان وذكره بنحو الرواية السابقة.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. قال الذهبي: أبو صفوان هو سويد وهو على شرط مسلم.

المعَاوَضة لا بمقابلة ما هو مال حقيقة، بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك، فكانت ربحاً حقيقة فكان من شرطها ألاَّ تكون مقابلة بملك البائع إلا تسمية، وشرط الشيء كيف يمْنَع صحته؟ على أنه أمكن تحقيق معنى [المقابلة والزيادة][1] لأن الموجب الأصْلي في البيع هو قيمة المبيع وهو ماليته؛ لأن البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا [عادة][2] وحقيقة، والمقابلة عند التساوي في المالية؛ ولهذا لو فسدت التَّسمية تجب القيمة عندنا، والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق العاقدين، وإذا زاد في المَبِيع أو الثمن علم أيهما أخطأ في التقدير وغلط فيه، وما هو الموجب الأصلي قد ثبت بالبيع، فإذا بينا التَّقدير، كان ذلك بياناً للموجب الأصلي، لا[3] أنه ابتداء إيجاب فكان عوضاً عن ملك العَيْن لا عن ملك نفسه، وهذا الكلام في المهر أغلب؛ لأن الموجب الأصْلي فيه هو مهر المثل على ما عرفت، على أنه إن كان لا يمكن تحقيق معنى المقَابَلة مع بقاء العقد على حاله ـ يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصْف؛ بأن يجعل الألف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد؛ ليخلو النصف عن الثمن، فتجعل الألف الزِّيادة بمقابلة النص الخالي، وهذا وإن كان تغييراً ولكنهما قصدا تصْحِيح التصرف، ولا صحة إلا بالتغيير، ولهما ولاية التغيير.

ألا ترى أن لهما ولاية الفَسْخ وأنه فوق التغيير؛ لأن الفسخ رفع الأصل، والوصف والتغيير تبديل الوصْف مع بقاء أصل العقد، فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى، ولهما حاجة إلى التَّغيير لرفع[4] الغبن أو لمقصود آخر، فمتى اتفقا على الزيادة وقصدا الصّحة، ولا صحة إلا بهذا الشَّرط ـ يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحاً له؛ كما في قول الرجل لغيره: أعتق عَبْدك على ألف[5] درهم، وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر، حتى لو زَادَ أحدهما ولم يقبل الآخر ـ لم تصح الزيادة.

ومنها المجلس حتى لو افترقا قبل القَبُول، بطلت الزيادة؛ لأن الزيادة في المبيع والثمن إيجاب البيع فيهما، فلا بد من القَبُول في المجلس كما في أصْل الثمن والمبيع. وأما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول؛ لأنه تصرَّف في الثمن بالإسقاط والإبْراء عن بعضه، فيصح من غير قبول، إلا أنه يرتد بالرد كالإبراء عن الثمن كله.

وأما كون الزيادة/ والمَزيد عليه من غير أموال الرِّبا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمناً ومبيعاً؟ وكذا كَون الحطّ من غير أموال الرِّبا هل هو شَرْط لصحته حطّاً وهل يؤثران في فَسَاد ٣/ ١٣٦أ

(١) في أ: المعاوضة في الزيادة.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: إلا.
(٤) في ط: لدفع.
(٥) في ط: بألف.

العقد؟ على قول أبي حنيفة: ليس بشرط ويؤثران فيه، وعلى قول أبي يوسف: شرط فيبطلان ولا يؤثران في العقد.

وعلى قول محمد: شرط في الزِّيادة لا في الحط على ما نذكر، ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة، فتصحُّ الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده، وكذلك الحط؛ لأن دليل جواز الزِّيادة والحطِّ لا يوجب الفصل.

وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحَّة الزِّيادة؟ ذكر في «الجامع الكبير»: أنه شرط ولم يذكر الخلاف.

وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة ـ رحمهم الله ـ في غير رواية الأُصُول: أنه ليس بشرط عنده، حتى لو هلك المَبِيع في يد المشتري أو استهلكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها، أو كان عَصِيراً فتخمر، أو أخرجه المشتري عن ملكه ـ جازت الزيادة عنده، وعندهما: لا تجُوز.

وجه قولهما: أن الزيادة تصرّف في العقد بالتغيير، والعقد منعدم حقيقة إلا أنه يعطى له حكم القيام لقيام أثره وهو الملك، ولم يبق بهلاك العين حقيقة أو حكماً، فلم يبق العقد حقيقة وحكماً، فلا يحتمل التغيير بالزيادة؛ لأن الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد، والمستند يثبت للحَال ثم يستند، فلا بد وأن يجعل شيئاً من المبيع بمقابلة الزيادة للحال، ولا يتصور ذلك بعد هَلاَك المبيع، فلا يحتمل الاستناد، ولأن الزيادة لا بد وأن يكون لها حصة ولا يتحقَّق ذلك بعد الهلاك.

ولأبي حنيفة ما ذكرنا: أن الزيادة في الثمن والمبيع لا تستَدْعي المقابلة؛ لأنها ربح في الحَقيقة، وإن كانت مبيعاً وثمناً صورة وتسمية، ومن شأن الربح ألاَّ يقابله شيء، فلا يكون قيام المبيع شرطاً لصحتها.

وقوله: العقد منْعَدم عند الزيادة، قلنا: الزِّيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد، والعقد عند وجوده يحتمل التغيير إن كانت الزِّيادة تغيراً، على أنا لا نسلم أن قيام المبيع شرط لبقاء البيع، فإن البيع بعد هَلاَك المبيع يحتمل الانتقاض[1] في الجملة بالردِّ بالعيب؛ فإن المشتري إذا اطلع على عَيْب كان به قبل الهَلاَك، يرجع عليه بالنُّقصان، والرجوع بالنقصان فسخ للبَيْع في قدر الفائت بالعَيْب بعد هلاكه، وهلاك جميع المعقود عليه دل أن العقد يجوز أن يبقى بعد هلاك المعقود عليه في الجملة، إذا كان في بقائه فائدة، وههنا في بقائه فائدة، فيبقى في حقه كما في حق الرجوع بنقصان العيب.

---

(١) في ط: الانتقاض.

وعلى هذا الخلاف الزيادة في مَهْر المرأة بعد موتها ـ أنها جائزة عندنا وعنده: لا تجوز؛ ولو اشترى عبداً بجارية وتقابضاً، ثم مات أحدهما ثم زاد أحدهما صاحبه ـ جازت الزِّيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسُف.

أما عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ فظاهر؛ لأن هلاك المبيع عنده لا يَمْنَع الزيادة.

وأما عند أبي يوسف: فلأنهما تبايعا عيناً بعين، والعقد عنده إذا وقع على عين بعين، فهلاك أحد العينين لا يمنع صحة الإقالة، فلا يمنع صحَّة الزيادة، ولو كان المبيع قائماً، لكن قطع رجل يده عند المشتري فأخذ أرشها، ثم زاد المشْتَري في الثمن شيئاً ـ جازت الزيادة.

أما عند أبي حنيفة فظاهر؛ لأن هَلاَك جميع المعقود عليه لا يمنع الزيادة، فهلاك البعض أولى.

وأما عندهما: فلأن المعقود عليه قائم، فكان العَقْد قائماً، فكان محتملاً للتغيير بالزيادة؛ ولو رهن المبيع أو آجره ثم زاد المشْتَري في الثمن، جازت الزيادة بلا خِلاَف بين أصْحَابنا على اخْتِلاف الأصْلين على ما ذكرنا.

وقال محمد: لو اشترى جاريةً وقبضها، فماتت في يده وزاد البائع المشتري جارية أخرى ـ فالزيادة جائزة؛ لأن زيادة المبيع تثبت بمثابلة الثَّمن، والثمن قائم؛ ولو زاد المشتري البائع لم يجز؛ لأن زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمَبِيع وأنه هالك.

وهذا على قياس قولهما: أن قيام المَبِيع شرط لجواز الزيادة، فهلاكه يكون مانعاً، أما على أصْل أبي حنيفة فالزِّيادة في الحَالَين جائزة؛ لأن قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحَّة الزيادة، فلا يكون هلاكه مانعاً، والله عز وجل أعلم.

وأما قيام المعقود/ عليه فليس بشَرْط لصحة الحط بالإجماع، أما عند أبي حنيفة فظاهر، ٣/١٣٦ب لأنه ليس بشرط لصحَّة الزيادة، فالحط أولى.

وأما عندهما: فلأنه من شَرْط صحة الحط أن يلتحق بأصل العقد لا محالة. ألا ترى أنه يصح الحطّ عن جميع الثمن. فلا يلتحق؛ إذ لو التحق لعري العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطّاً للحال؛ ولأن الحط ليس تصرف مقابلة ليشترط له قيام المحل المقابل[1] بل هو تصرُّف في الثمن بإسقاط شطره، فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة؛ فلذلك اختلفا، ثم الزيادة مع الحط يختلفان في حكم آخر، وهو أن الزيادة تنقسم على قَدْر قيمة المبيع والحط لا

(١) في ط: القابل.

ينقسم؛ كما لو اشترى عبدين من رجل بألف درهم وزاده المشتري مائة درهم؛ فإن الزيادة تنْقَسم على قدر قيمتهما، سواء اشترى ولم يسمّ لكل واحد منهما ثمناً أو سمى.

وإن حطّ البائع عن المشتري مائة درهم، كان الحط نصفين؛ وإنما كان كذلك لأن الثمن يقابل المبيع، فإذا زاد في ثمن المَبِيعين مطلقاً، فلا بد وأن تقابلهما الزيادة كأصل الثمن، والمقابلة في غير أمْوَال الربا تقتضي **الانفساخ** من حيث القيمة حكماً للمعاوضة **والمزاحمة**، كمقابلة أصْل الثمن على ما بينا فيما تقدم؛ بخلاف الحطّ فإنه لا تعلق له بالمبيع؛ لأنه تصرّف في الثمن[1] خاصة بإسقاط بعضه؛ فإذا حط من ثمنهما مطلقاً، فقد سوى بينهما في الحطّ، فكان الحط بينهما نصفين، وإن كان ثمن أحدهما أكثر، ولا يلتفت إلى زِيادة قدر الثمن؛ لأن الحط غير مقابل بالثمن، حتى تعتبر قيمة القَدْر والله عز وجل أعلم.

وأما كيفية الجواز: فالزيادة في المَبِيع والثَّمن عندنا تلتحق بأصل العقد، كان العقد من الابتداء ورد على الأصْل والزِّيادة جميعاً، إذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصْحَابنا.

وكذلك الحط، فأما إذا تضمّن ذلك؛ بأن كانت الزِّيادة في الأموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به؟ وكذلك الحط اختلف أصحابنا في ذلك: قال أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: الزيادة والحطّ يلتحقان بأصْل العقد ويفسدانه، وقال أبو يوسف: يبطلانه ولا يلتحقان بأصل، وأصْل العقد صحيح على حاله.

وقال محمد: الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز هبة مبتدأة؛ وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم؛ أن الشَّرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح إذا ألحق به هل يلتحق به ويؤثر في فساده أم لا؟ وهو على الاخْتِلاَف الذي ذكرنا: أن الزيادة بمنزل شرط فاسدٍ متأخر عن العقد الصحيح ألحق به، فأبو يوسف يقول: لا تصح الزيادة والحط في أموال الرِّبا؛ لأن ذلك لو صحَّ لالتحق بأصْل العقد.

ولو التحق بأصل العقد، لأوجَبَ فساد أصل العقد. لتحقق الربا، فلم يصح، فبقي أصل العقد صحيحاً كما كان، ومحمد يقول: لا تصحُ الزيادة لما قاله أبو يوسف، فلم تؤثر في أصل العقد فبقي على حاله، ويصح الحط؛ لأن الالْتِحاق من لوازم الزيادة، فأما ما ليس من لوازم الزيادة فلا يصحُ الحط على ما ذَكرنا فيما تقدم.

وأبو حنيفة يقول: الزِّيادة والحطّ صحيحان زيادة وحطًّا؛ لأن العاقدين أوقعاهما زيادة

(١) في ط: المبيع.

وحطًّا، ولهما ولاية ذلك فيقعان زيادة وحطًّا، ومن شأن الزيادة والحط الالتحاق بأصل العقد، فيلتحقان به، فكانت الزِّيادة والحط ههنا إبطالاً للعقد السابق، ولهما ولاية الإبطال بالفَسْخ، وكذا بالزيادة والحط، والله عز وجل أعلم.

وأما البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه إلاَّ بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق: الخياراتُ نوعان: نوع يثبت شرطاً[1]، ونوع يثبت شرعاً لا شرطاً، والشَّرط لا يخلو إما أن يثبت نصاً، وإما أن يثبت دلالة.

أما الخيار الثابت بالشَّرط فنوعان:

أحدهما: يسمى خيار التعيين.

والثاني [يسمى][2] خيار الشرط.

أما خيار التَّعيين: فالكلام في جواز البَيْع الذي فيه خيار التعيين قد ذكرناه في مَوْضِعه، وإنما الحاجة ههنا إلى بيان حكم هذا البيع، وإلى بيان صفة الحكم، وإلى بيان ما يبطل به / ٣/ ١٣٧أ الخيار بعد ثبوته ويلزم.

أما الأول: فحكمه ثبوت الملك للمشْتَري في أحد المذكورين غير عين، وخيار التعيين إليه عرف ذلك بنص كلامهما؛ حيث قال البَائع: بعث منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدين أو الدّابتين أو غيرهما من الأَشْيَاء المتفاوتة، على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشتري، وهذا يوجب ثُبُوت الملك للمشْتَري في أحدهما، وثبوت خيار التعيين له، والآخر يكون مالك البائع أمانة في يدِهِ إذا قَبَضَه؛ لأنه قبضه بإذن المالك لا على وَجْه التمليك ولا على وجه الثبوت، فكان أمانة، وليس للمشتري أن يأخذهما جميعاً؛ لأن المبيع أحَدهما[3].

---

(١) في أ: شرعاً.

(٢) سقط في ط.

(٣) وخيار التعيين الحنفية، والمالكية على القول بجوازه وصحة البيع معه والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، على القول بعدم جوازه، وبطلان البيع معه، وبمثل قولهم قال زفر من الحنفية.
احتج الشافعية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى ﴿إلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾. والرضا لا يتعلق إلا بما هو معلوم، والمعقود عليه في خيار التعيين مجهول. فيكون من الباطل المنهي عنه بنص الآية الكريمة.
وأما السنة. فما روي عنه ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَن بَيْعِ الْغَرَرِ» وَلاَ غَرَرَ أَعْظَمَ مِنَ جَهَالَةِ الْمَقْصُوْدِ عَلَيْهِ.
وَأَمَّا المعقول ـ فمن وجهين ـ الوجه الأول ـ أن من شروط المعقود عليه المتفق عليها أن يكون معلوماً دفعاً للتنازع وحذراً من الوقوع في الغرر. والمقصود عليه هنا مجهول لأنه واحد غير معين من جملة أشياء =

....

= فيكون العقد عليه باطلاً لعدم توفر هذا الشرط المتفق عليه فيه ـ والوجه الثاني ـ إنكم قلتم أيها المجيزون لشرط خيار التعيين في البيع لو كان التعيين من أربعة فأكبر، فالبيع فاسد لفساد الشرط. فأي فارق بين الثلاثة والأربعة حيث صححتم العقد في الأولى، ولم تصححوه في الثانية، أليس المفسد في كليهما هو جهالة المعقود؟

واحتج الحنفية، ومن وافقهم بمثل ما احتجوا به في خيار النقد فقالوا: إن خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق، والأرفق به، وهذه الحاجة في مثل هذا النوع من البيوع متحققة لأنه قد يحتاج إلى اختيار من يثق به أو من يشتري له، وقد يكون ممن لا يغشون الأسواق إما لعلو مكانته وإما لضعفه عن مزاولة البيع فيها، وقد لا يمكن البائع من الحمل إليه إلا بالشراء على سبيل اللزوم لمصلحة له في ذلك فيكون خيار التعيين مشروعاً لكونه في معنى خيار الشرط.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه عرف الناس في بياعاتهم ومعاملاتهم قد جرى على اعتبار هذا البيع صحيحاً وإنه لازم للمشتري في حدود هذا الشرط ولم يحصل قط أن اشتكى الناس منه أو تنازعوا فيه.

والذي نراه راجحاً ـ هو مذهب من أجاز شرط خيار التعيين لما ذكر ولأنه عقد فيكون واجب الوفاء قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولأن كل بيع حلال حتى يقوم الدليل على عدم جوازه قال تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وقول الأولين إنه من قبيل الغرر المنهي عنه لا يصح لأن الغرر ما نهى عنه إلا لإفضائه إلى المشاحة، والمنازعة والغرر هنا يسير لا يفضي إلى ذلك لكونه من له الخيار في التعيين أحد العاقدين وهو المشتري.

ثم إنه يكفي في الرضا أن يكون واقعاً على جملة الأشياء التي هو أحدها فيكون متعلق الرضا في الجملة وأما قياس الثلاثة على الأربعة في البطلان فباطل لأن الثلاثة تندفع بها الحاجة الداعية إلى شرع هذا الخيار الذي ثبت على خلاف القياس لجهالة المعقود عليه وما ثبت على خلاف القياس للضرورة يقتصر فيه على موضع الضرورة. وإنما كانت الثلاث تندفع بها الحاجة لاشتمالها على الجيد والرديء والوسط بينهما. وهذا بخلاف الأربعة فهي زائدة عن الحاجة فكان العقد على واحد منها بخيار المشتري فاسداً كما هو القياس.

والاتفاق بين القائلين بجواز شرط خيار التعيين على أنه يشترط أن يكون التعيين في ظرف مدة معلومة كخيار الشرط. ولما كان هذا الخيار ملحقاً به وثابتاً بنصه بطريق الدلالة عند من ذهب إلى مشروعيته كانت المدة هنا هي نفس المدة التي تضرب في خيار الشرط. وكل على أصله. والحنفية كلهم على هذا بما فيهم أبو يوسف والذي يستوقف نظرنا هنا نقطتان.

النقطة الأولى ـ لماذا خالف أبو يوسف بين خيار النقد فجعل مدته ثلاثة أيام، وبين خيار التعيين فشرط أن تكون مدة معلومة فحسب وأما تقديرهما فموكول إلى شرط العاقد مع أن كلا من هذين الخيارين ملحق بخيار الشرط بدلالة نصه عند الحنفية والجواب عن ذلك. أن أبا يوسف قد أخذ في خيار النقد بأثر ابن البرصاء ولم تزد فيه المدة على الثلاث فقال بجوازها وفيما زاد على الثلاث أخذ فيه بالقياس فقال بعدم جوازه. فهو في الواقع كما سبق أن أشرنا إليه في خيار النقد. لم يلحق خيار النقد بخيار الشرط وإنما أخذ فيه بالأثر ولعله لم يلحقه به لصراحة التعليق فيه. وهذا بخلاف خيار التعيين فإنه ألحقه بخيار الشرط لكونه في معناه، ولم يوجد فيه صريح التعليق.

النقطة الثانية ـ قول الزيلعي ـ إن هذا الخيار إذا لم يلحق به خيار الشرط ـ أعني اقتصر عليه دون شرط =

....

= الخيار ـ لا يشترط أن تكون له مدة معلومة ـ مخالفاً بذلك مذهب الحنفية وهو منهم.

وقد أيد رأيه هذا ـ بأن التأقيت إنما احتيج إليه في خيار الشرط ليلزم العقد بمضي الوقت لكون البيع مع شرط الخيار غير لازم، والعقد في خيار التعيين لازم في واحد غير معين، وتعيينه لا يحصل بمضي الوقت حتى نحتاج إلى تأقيته وإنما يحصل بالتعيين.

وهذا في نظرنا رأي غير وجيه. لأن الداعي لتأقيت خيار الشرط إنما هو دفع الغرر الناتج عن عدم لزومه إلى ما شاء الله. ولما كان اللزوم مقتضى العقد كان بمضي مدة شرط الخيار يلزم العقد بنفسه لزوال المانع من اللزوم. وهذا الغرر بعينه متحقّق في البيع مع خيار التعيين لو لم توقت مدته التي يعين المشتري فيها المبيع من غيره. فإذا مضت ولم يعين أجبر عليه لأن التعيين ليس من مقتضى العقد. فظهر بذلك أن الدافع إلى التأقيت متحقق فيهما معاً. وكون اللزوم يحصل بمضي المدة، والتعيين لا يحصل بمضيها؛ وإنما بالتعيين لا دخل له في تحقق الحاجة أو عدم تحققها لأنه إنما جاء من أمر آخر هو كونه مقتضى العقد أو ليس مقتضاه والله أعلم به.

وينتهي خيار التعيين بانتهاء المدة المضروبة ويجبر عند الحنفية على التعيين، وعند المالكية يلزمه نصف كل منهما إذا كان المبيع واحداً من اثنين وثلث كل إذا كان واحداً من ثلاثة. وجهة الحنفية أن المبيع أحد الأشياء فلا يجبر على تملك ما لم يتملكه؛ ولكنه يجب عليه التعيين دفعاً لضرر البائع ووجهة المالكين بانقضاء المدة لزمه أحدها وليس واحد منها بعينه بأولى من الآخر فلزمه واحد موزعاً عليها بتعيين واحد من الأشياء المخير فيها بالقول كأخذت هذا أو رضيته، أو عينته للبيع، وهكذا، أو بالفعل كأن يتصرف في واحد منها تصرفاً؛ وإلا على الرضا به كأن يكون حذاء فيلبسه، ويمشي فيه طويلاً، أو ثوباً فيفصله بهلاك أحد الأشياء المخير فيها، وهذا عند الحنفية لأن الهلاك كما قدمنا في خيار الشرط ـ لا يعرى عن مقدمة عيب، وبالعيب يمتنع الرد فيلزمه الهالك بالثمن المتفق عليه. وعند المالكية يلزمه نصف ثمنه فقط لأنه يحتمل أن يكون المبيع، ويحتمل أن يكون أمانة فأعملوا الاحتمالين فيه، وله بعد ذلك اختيار الثاني كله أورده كله منعاً لتفريق الصفقة على البائع. وهذا فيما إذا كان الشيء المبيع واحداً من اثنين، وعلى قياسه واحد من ثلاثة. ومن هذا يظهر أن الخيار لا ينتهي عندهم بهلاك واحد منها.

ثم الحنفية، والمالكية على أن هذا الخيار لا يكون إلا للمشتري وقال الكرخي من الحنفية: بثبوته لكل من البائع والمشتري.

وقد وجه الكرخي قول هذا. بأنه خيار يجوزه شرطه للمشتري فيجوز شرطه للبائع كذلك قياساً على خيار الشرط.

وهذا قياس لا يصح لأنه مجرد الشرط وحده طرد، وليس بعلة مؤثرة في ثبوت شرط الخيار للبائع.

وأما الجمهور فقد وجهوا رأيهم. بأن خيار التعيين شرع للحاجة إلى اختيار الأوفق والأرفق من المبيع، وهي في جانب المشتري دون البائع فاقتصرنا في الثبوت على المشتري وأما خيار الشرط فشرع لدفع الغبن والغبن كما يكون في جانب المشتري بأنه يشتري المبيع بأكثر من قيمته يكون في جانب البائع أيضاً بأن يبيعه بأقل من قيمته فكان مشروعاً لهما معاً وبذلك قد ظهر أن قياس خيار التعيين على خيار الشرط من حيث الثبوت لكل من البائع والمشتري قياس لا أصل له.

أما جوازه بدون شرط الخيار ـ فالاتفاق على أن خيار الشرط لو جامع خيار التعيين جاز وعمل بموجبهما =

....

= معاً بأن يعين المشتري المبيع من غيره أولاً ثم هو فيما يعينه بالخيار ثانياً إن شاء فسخ البيع فيه ورده وإن شاء أمضاه. مثاله. أن يقول البائع للمشتري بعتك ثوباً من هذه الأثواب الثلاثة على أن تختار أيها شئت ثم أنت فيما تختاره بالخيار ثلاثة أيام إن شئت أخذته وإن شئت رددته.

كما أنهم اتفقوا أيضاً إلا الكرخي في جماعة من الحنفية على أن خيار التعيين لو عري عن خيار الشرط جاز.

أما الكرخي ومن وافقه من الحنفية فقد شرطوا ليجوز خيار التعيين أنه يشرط معه الخيار أيضاً.

أما من لم يشترط فلا كلام لنا معه لأن الأصل عدم الشرط حتى يقوم على خلافه الدليل. فهل الكرخي ومن ذهب مذهبه عندهم الدليل على وجوب هذا الشرط؟ ذكروا لهم دليلاً ثم فندوه.

أما الدليل ـ فقولهم: إن القياس يأبى جواز هذا البيع الذي شرط فيه خيار التعيين لجهالة المبيع عند العقد عليه إلا أنه جاز استحساناً إلحاقاً له بجواز البيع الذي شرط فيه الخيار بدلالة نصه فلا يجوز شرط التعيين بدون شرط الخيار لكونه الأول تبعاً للثاني.

وأما التفنيد ـ فقد رد الجمهور هذا الدليل لأنه يقتضي أن شرط الإلحاق بالدلالة أن يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة، ولم يذهب إلى مثل هذا الرأي أحد من الفقهاء ولا من الأصوليين. كيف والحنفية كلهم على أن وجوب القضاء والكفارة بالأكل في رمضان ثابت بدلالة نص الجماع، ولم يشترط أحد منهم في وجوبهما أن يكون مع الأكل الجماع.

«فرع» لو عري خيار التعيين عن شرط الخيار فليس للمشتري أن يرد الكل لأن البيع لازم في واحد غير معين؛ ولكنه يختار واحد فيرد الباقي. ولو شرط معه الخيار فله أن يرد الكل قبل مضي المدة المضروبة لأن شرط الخيار يجعل البيع غير لازم. فإذا مضت المدة المضروبة بدون فسخ ولا تعيين فقد لزمه البيع في واحد منها، وعليه أن يعين ثم يرد الباقي.

شروطه: ـ

أما شروط هذا الخيار الخاصة به ليكون البيع معه صحيحاً فأربعة شروط كلها متفق عليها، وهي أن تكون الأشياء المخير بينها ثلاثة فأقل وأن تكون من نوع واحد كثلاثة أثواب مثلاً لا من أنواع مختلفة كثوب وفرس وحذاء مثلاً ثم هي مع شرط أن تكون من نوع واحد يجب أن تكون مختلفة باعتبار الوصف وأخيراً يجب أن يذكر مع كل واحد منها ثمنه.

وقد عللوا عدم جواز الزيادة على الثلاث مع أن الأربعة مثلها من حيث إن الجهالة فيهما لا تفضي إلى المنازعة لتعيين من له الخيار بأن خيار التعيين شرع رخصة للحاجة، وكون الجهالة التي فيه يسيرة لا تفضي إلى المشاحة. فلئن كانت الأربعة مثل الثلاثة من حيث عدم الإفضاء إلى المنازعة فليست مثلها من حيث توقف الحاجة عليها لأن الحاجة تندفع بالثلاث لاشتمالها على الجيد والرديء والوسط وهي الأوصاف التي تختلف من أجلها الرغبات فيكون الزائد عليها زائداً على الحاجة، وما شرع للحاجة يتقدر بقدرها.

وبمثل هذا يوجه شرط كون الثلاثة من نوع واحد لأن النفس تتجه أولاً إلى نوع من الأنواع ثم تتفاوت رغباتها بعد ذلك فيه باعتبار أوصافه فتنظر فيها أيها يوافق رغبتها ويحقق طلبتها؟ ولا تتوجه النفس إلى نوعين إلا إذا كانت تريدهما معاً في العادة لتباين منافعهما فكانت الحاجة غير داعية إلى ذلك. =

....

= وأما شرط تفاوتها باعتبار الوصف فلتحقق فائدة التخيير بينها إذ لو اتحذت باعتبار الوصف مع شرط اتحادها باعتبار النوع لانتفت فائدة التخيير.

وأما اشتراط أن يذكر مع كل واحد ثمنه فلأن البيع منعقد في أحدها وشرط البيع أن يكون الثمن فيه معلوماً كالمبيع ولأن الثمن يحتاج إليه في الاختيار كذلك لأن الرغبة تختلف باعتباره كما تختلف باعتبار المبيع.

ولما كان البيع مع شرط خيار التعيين بيعاً بتا والخيار إنما هو في تعيين المبيع من غيره لذلك اتفق الفقهاء الذين قالوا بجوازه على أن البيع معه لازم وأنه ناقل للملك في واحد غير معين، وبعد التعيين يتميز ملكه الذي ثبت له بمقتضى عقد البيع من ملك البائع فتكون له غلاته من حين العقد تبعاً للملك.

والذي يستحق منا العناية هنا هو الكلام على ضمانة الأشياء التي قبضها المشتري ليختار المبيع معه بينها. هل هي من ضمانة أو من ضمان البائع؟ وعلى أي حال يكون هذا الضمان؟ لنفرض الكلام في ثوبين قبضهما المشتري ليختار أحدهما تسهيلاً للكلام واختصاراً له.

فإنه إذا اختار أحدهما تعين ملكاً له ووجب عليه حينئذ أن يرد الثوب الآخر لتعينه ملكاً للبائع ولفوات الحاجة التي من أجلها أذن له البائع في قبضهما معاً فلو حبسه بدون عذر فتلف فهو من ضمانه لتعديه بالإمساك وإذا مضت أيام الخيار ولم يختر شيئاً لزم نصف ثمن كل منهما عند المالكية لأنه ثوباً قد لزمه بانقضاء أمد الخيار ولا يعلم أيهما الذي قد لزمه؟ حيث لا مرجح لأحدهما على الآخر. وعلى هذا يكون شريكاً للبائع في الثوبين لكل منهما نصفهما. وعند الحنفية يجبر على التعيين بالقضاء لأن في الشركة مضرة للبائع بكونها تمنع النفع على الوجه الأكمل ولأن المبيع أحدهما فقط فثبوت الشركة فيهما خلاف مقتضى العقد.

هذا إذا كان الثوبان سليمين. أما لو إذا أصابهما تلف في مدة الخيار فلا يخلو الأمر من أن يصيبهما التلف معاً أو يصيب أحدهما فقط.

فإن تلف الثوبان معاً فقد لزم المشتري نصف ثمن كل منهما عند الحنفية لأن أحدهما ملكه بموجب العقد وثانيهما قبضه لا على سوم الشراء ولا على جهة الوثيقة فيكون أمانة في يده. فإذا هلكا فقد هلك أحدهما على ملكه والثاني على ملك البائع وضمانه ولما لم يتعين أحدهما للملك تعين أن يكونا شريكين فيهما مناصفة. وعند المالكية يضمن واحداً بثمنه، ويكون مخيراً فيهما أيهما اختاره كان عليه بثمنه. وهذا عكس مذهبيهما فيما إذا انقضت أيام الخيار وهما سليمان.

وسبب الخلاف في هذا بين الحنفية وبين المالكية هو هل ينتهي أمد الخيار بالتلف أم لا ينتهي؟

بالأول قال الحنفية وبالثاني قال المالكية.

أما الحنفية: فبناء على مذهبهم من أن الهلاك يمنع الرد لكونه لا يعرى عن مقدمة عيب، ولما لم يتعين ملكه عن ملك البائع كانا شريكين. وفرض المسألة عندهم إذا هلكا معاً كأن أصابهما حريق أو مرتباً، ولم يعلم الأول منهما. أما إذا علم الأول فإنه يتعين ملكه بالهلاك فيضمنه بثمنه، ويكون الآخر هالكاً على ضمان البائع لتعينه أمانة.

وأما المالكية ـ فليس العيب عندهم مما يمنع الرد أو يقطع الخيار حتى يقطعه الهلاك، وإنما انفسخ البيع بالهلاك في خيار الشرط لكون المبيع على ملك البائع. وهنا المبيع على ملك المشتري فيتخير لعدم المانع من التخيير. =

ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يَبْطُل البيع؛ لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع، فيبطل البيع بهلاكه، ويحتمل أن يكون غيره فلا يَبْطُل، والبيع قد صح بيقين ووقع الشك في بطلانه، فلا يبطل بالشك ولكن المشْتَرِي بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثَمَنه، وإن شاء ترك؛ لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين، فيوجب الخيار؛ وكذلك لو كان اشْتَرَى أحد الأثواب الثلاثة فهلك واحد منها وبقي اثنان ـ لا يبطل [البيع][1] لما قلنا، وللمشْتَرِي أن يأخذ أيهما شاء، لأن المالك إذا لم يعين المبيع كان أحد الباقين، فكان له أن يَأْخُذ أيهما شاء، وله أن يتركهما؛ كما لو اشترى أحدهما من الابتداء.

ولو هلك الكل قبل القبض بطَلَ البيع؛ لأن المبيع قد هلك بيقين، فيبطل البيع والله عز وجل أعلم.

وأما صفة هذا الحكم: فهو أن الملك الثَّابت بهذا البيع قبل الاخْتِيَار ملك غير لازم، وللمشتري أن يردهما جميعاً؛ لأن خيارَ التَّعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية، فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ؛ وهذا لأن جواز هذا النَّوع من البيع إنما يثبت بتعامل النَّاس لحاجتهم إلى ذلك لما بينا فيما تقدم، ولا تَنْعَدِم حاجتهم إلا بعد اللزوم؛ لأنه عسى لا يوافقه كلاهُما جميعاً، فيحتاج إلى ردهما.

وأما بيان ما يبْطُل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التَّوفيق: ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضَرُوري، والاختياري نوعان: أحدهما: صَرِيح الاختيار وما يجري مجرى الصَّرِيح، والثاني: الاختيار من طريق الدلالة؛ أما الصَّرِيح فهو أن يقول: اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو أجزته[2] وما يجري هذا المجرى؛ لأنه لمَّا اخْتَار أحدهما، فقد عين ملكه فيه، فيسقط خيار التعيين ولزم البيع.

وأما الاختيار من طَرِيق الدّلالة: فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه، وهو كل تصرُّف هو دليل اخْتِيار الملك في الشراء بشرط الخيار، وسنَذْكر ذلك في البيع بشرط الخيار إن شاء الله تعالى.

= وإن تلف أحد الثوبين ـ فمذهب الحنفية ـ أنه مضمون على المشتري بثمنه للعلة السابقة. ومذهب المالكية أن على المشتري نصف ثمن فقط وله الخيار في الثوب الآخر إن شاء أخذه وإن شاء رده. لأن الخيار لا ينقطع بالهلاك، والهالك لا يدري أمملوك له أم أمانة في يده فلزمه نصف ثمن إعمالاً للاحتمالين. وكان له بمقتضى عدم انقطاع الخيار أن يختار نصف الثاني ولكن منع منه تفريق الصفقة على البائع بثبوت الشركة فيه وفيه إضرار به. ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور أبقاه الله تعالى لنا.

(١) سقط في ط. (٢) في ط: اخترته.

ولو تصرَّف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه؛ لأنه تبين أنه تصرَّف في ملك غيره؛ وإن تعين ما تصرّف فيه للأمانة نفذ تصرُّفه؛ لأنه ظهر أنه تصرَّف في ملك نفسه فينفذ.

وأما الضَّروري: فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار؛ لأن الهالك منهما تعين للبيع ولَزِمَه ثمنه، وتعين الآخر للأمانة؛ لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة، والأمانة منهما مستحقّ الردّ على البائع، وقد خرج الهَالِك عن احتمال الرد فيه، فتعين الباقي للردِّ، فتعين الهالك للبيع ضرورة.

ولو هلكا جميعاً قبل القبض فلا يَخْلُو: إما أن هلكا على التَّعاقب، وإما أن هلكا معاً؛ فإن هلكا على التعاقب، فالأول يهلك مبيعاً والآخر أمانة لما ذكرنا؛ وإن هلكا معاً، لزمه ثمن نصف كل واحد منهما؛ لأنه لَيْس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعاً.

ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب الهَلاَك؛ فإن كان ثمنهما متساوياً، فلا فائدة في هذا الاختلاف؛ لأن أيهما هَلَك أولاً فثمن الآخر مثله، فلا يفيد الاخْتِلاف؛ وإن كان متفاوتاً بأن كان ثمن أحدهما أكثر، فادعى البائع / هلاك أكثرهما ثمناً، وادعى المشْتَري هلاك أقلّهما ثمناً ـ كان يوسف أولاً يقول: يتحالفان وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا جميعاً يجعل كأنهما هلكا معاً، ويلْزَمه ثمن نصف كل واحد منهما، ثم رجع وقال: القول قول المشْتَري مع يمينه، وهو قول محمد؛ لأنهما اتفقا على أصْلِ الدين واختلفا في قدره. والأصل أن الاخْتِلاف متى وقع بين صاحب الدَّين وبين المديون في قدر الدين أو في جنسه أو نوعه أو صفته ـ كان القَوْل قول المديون مع يمينه؛ لأن صاحب الدين يدعي عليه زيادة وهو ينكر، فكان القَوْل قوله مع يمينه؛ لأنه صاحب الدين، وأيهما أقام البينة قبلت بينته وسَقَطَت اليمين، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع؛ لأنها تظهر زيادة.

٣/١٣٧ب

ولو تعيَّب أحدهما؛ فإن كان قبل القَبْض لا يتعين المعيب للبيع؛ لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالة، ولا ضرورة إلى التَّعيين أيضاً لإمكان الرد، والمشتري على خياره، وإن شاء أخذ المَعِيب منهما وإن شاء أخذ الآخر وإن شاء تركهما؛ كما لو لم يتعيب أصلاً؛ فإن أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثَمَنِه؛ لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل؛ وكذلك لو تعيبا جميعاً فالمشتري على خياره لما قلنا، وإن كان بعد القبض تعين المعيب للبَيْع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة؛ كما إذا هلك أحدهما بعد القبض؛ لأن تعيّب المبيع هَلاَك بعضه، فلهذا منع الرد ولزم البيع في المبيع المعين، فكذا في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع.

ولو تعيبا جميعاً؛ فإن كان على التعاقب تعيّن الأول للبيع ولزمه ثمنه، ويرد الآخر لما قلنا، ولا يغرم بحُدُوث العيب شيئاً لما قلنا إنه أمانة، وإن تعيبا معاً لا يتعين أحدهما للبيع؛

لأنه ليس أحدهما بالتَّعيين أوْلَى من الآخر، وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه؛ لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقي المشتري على خياره، إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً؛ لأنَّ البيع قد لَزِم في أحدهما بتعيينهما في يد المشتري، وبطل خيار الشرط.

وهذا يؤيد قول من يقول من المَشايخ: إن هذا البيع فيه خياران: خيار التَّعيين وخيار الشرط، ولا بد له من رتبة معلومة؛ إذ لو لم يكن لملك ردهما جميعاً؛ كما لو لم يتعيب أحدهما أصلاً لكنه لم يملك؛ لأن ردّهما جميعاً قبل التعييب ثبت حكماً لخيار الشرط، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيّنهما معاً، فلم يملك ردهما، وبقي خيار التعيين، فيملك ردّ أحدهما.

ولو ازداد عيب أحدهما أو حدث معه ـ غيره ـ لزمه ذلك؛ لأن عدم التَّعيين للمزاحمة، وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدوث عيب آخر معه، ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتَرِي، بل يورث بخلاف خيار الشَّرط؛ لأن خيار التعيين إنما يثبت للمورث لثبوت الملك له في أحدهما غير عين، وقد قام الوَارِثُ مقامه في ذلك الملك، فله أن يَخْتَار أيهما شاء دون الآخر، إلا أنه ليس له أن يردهما جميعاً، وقد كان للمورث ذلك؛ وهذا يؤيِّد قول أولئك المشايخ: أنه لا بد من خيارين في هذا البيع، وقد بطل أحدهما وهو خِيَار الشرط بالموت؛ لأنه لا يورث على أصل أصحابنا، فبطل الحكم المختص به وهو وِلاَية ردهما جميعاً.

هذا إذا اشترى أحدهما شراء صَحِيحاً، فأما إذا اشترى أحدهما شراءً فاسداً؛ بأن قال البائع: بعت منك أحد هذَينِ العبدين بكذا ولم يذكر الخيار أصلاً ـ فإن المشتري لا يملك واحداً منهما قبل القَبض؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض؛ فإن قَبَضهما ملك أحدهما ملكاً فاسداً، وأيهما هلك لزمته قيمته؛ لأنه تعين للبيع، والبيع الفَاسِد يوجب الملك بالقيمة.

ولو هلكا معاً لزمه نصف قيمة كل واحد منهما؛ لأنه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر، فَشَاع البيع فيهما؛ ولو تعيب أحدهما، فعليه أن يردهما جميعاً، أما غير المعيب فلأنه أمانة، وأما المعيب فلأنه تعين للبيع، والمشتري شراء فاسداً واجب الرد، فيردّهما ويرد معهما / نصف نقصان العيب؛ لأن المتعيب يحتمل أن يكون هو المَبِيع، فيجب نقصان العيب؛ ويحتمل أن يكون هو الأمانة، فلا يجب شيء ولا دلالة على التَّعيين فيتنصّف الواجب، ولو تعين الآخر بعد ذلك. ٣/١٣٨أ

وكذا الجواب في نقصان الآخر؛ لأن أحدهما أَمَانة والآخر مضمون بالقيمة، ولو تعيبا معاً فكذلك يردهما مع نِصْف نقصان كل واحدِ منهما؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر في التَّعيين للبيع.

ولو تصرف المشتري في أحدهما يجوز تصرُّفه فيه ولزمته قيمته، ولا يجوز تصرفه في الآخر بعد ذلك؛ لأن المتصَرّف فيه تعين للبيع.

ولو تصرَّف البائع في أحدهما فتصرفه موقوف إن رد ذلك عليه نفذ تصرفه فيه؛ لأنه تبين أنه تصرَّف في مِلْك نفسه؛ وإن لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري، نفذ تصرفه فيه ولزمته قيمته وبَطَل تصرف البائع فيه، وكذلك إذا هلك في يد المشتري، والأصل أن في كل موضع يَلْزَم المشتري الثمن في البيع الصحيح تلزمه القيمة في البيع الفاسد، والله عزَّ وجل أعلم.

هذا إذا كان الخيار للمشتري؛ أما إذا كَانَ الخيار للبائع، فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع، وله أن يلزم المشتري أي ثَوْب شاء قبضه للخيار، وليس للمشتري خيار الترك؛ لأن البيع بات في جَانِبه، وللبائع أن يفسخ البيع؛ لأنه غير لازم، وليس للبائع أن يلزمهما المشتَري؛ لأن المبيع أحدهما؛ ولو هلك أحدهما قبل القبض، لا يَبْطُل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا في خيار المشتري، وخيار البائع على حاله إن شَاءَ ألزم المشتري الباقي منهما؛ لأنه تعين للبيع، وإن شاء فسخ البيع فيه؛ لأنه غير لازم، ولَيْس له أن يلزمه الهالك؛ لأنه هلك أمانة.

وإن هلكا جميعاً قبل القبض، بَطَل البيع بهلاَكِ المبيع قبل القبض بيقين؛ وإن هلك أحدهما بعد القبض، كان الهالك أمانة أيضاً؛ كما لو هلك قبل القبض وألزمه الباقي منهما إن شاء، وإن شاء فَسَخ البيع فيه؛ لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه، فيهلك على ملك البائع وله الخِيَار لما قلنا؛ وإن هلكا جميعاً، فإن كان هلاكهما على التعاقب، فالأول يهلك أمانةً وعليه قيمة آخرهما[١] هلاكاً؛ لأنه تعين للبيع وأنه مبيع هَلَك في يد المشْتَري، وفيه خيار للبائع فتجب قيمته؛ وإن هلكا معاً، لزمه نصف قيمة كل واحدٍ منهما؛ لأنه ليس أحدهما بالتَّعيين أولى من الآخر.

ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معاً قبل القَبْض أو بعده ـ فخيار البائع على حاله؛ لأن المعيب لم يتعيَّن للعيب ولانعدام المعين، فكان البائع على خياره، له أن يلزم المشتري أيهما شاء كما قبل التعيُّب.

ثم إذا لزمه أحدهما ينظر: إن كان ذلك غير المتعيّب منهما لزمه ما لزمه، ولا خيار للمشتَري في تركه لانعدام التَّعين فيه، وإن كان ما لزمه هو المتعيب؛ فإن تعيب قبل القبض فالمشتَري بالخيار؛ لأن المبيع قد تغير قبل القبض، وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيارَ للمشتري؛ وإن تعيَّب بعد القبض فلا خيار له؛ لأن التعين بعد القبض لا يثبت الخيار، وإن شاء البَائِع فسخ البيع واستردهما؛ لأن البيع غير لازم فله وِلاَيَة الفسخ.

---

(١) في أ: أحدهما.

ثم ينظر إن كان تعييبهما في يد البَائِع فلا شَيْء له؛ لأنهما تعيبا لا في ضمان المشتري؛ وإن كان تعييبهما في يد المشتري، فللبَائع أن يأخذ من المشْتَرِي نصف نقصان كل واحد منهما، لأن أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة؛ ولا يعلم أحدهما من الآخر، ولا يجوز للمشتري أن يتصرَّف فيهما أو في أحدهما؛ لأن أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع، لكن لبائِعِه فيه خيار، وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن مِلْكِه.

ولو تصرَّف البائع في أحدهما جاز تصرُّفه فيه، ويتعين الآخر للبيع وله خيار الإلزام فيه والفسخ؛ ولو تصرَّف فيهما جميعاً، جاز تصرفه فيهما ويكون فسخاً للبيع، لأن تصرفه فيهما دليل إقرار الملك فيهما، فيضْمَن فسخ البيع كما في المبيع المعين، والله أعلم.

وأما خيار الشرط فالكلام في جَوَازِ البيع بشَرْط الخيار وشرائه قد مر في موضعه، وإنما الحاجة ههنا إلى بيان صفة هذا البَيْع، وإلى بيان حكمه، وإلى / بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع، وإلى بيان ما يَنْفَسِخ به البيع. ٣/١٣٨ب

أما صفته: فهي أنه بيع غير لاَزِم؛ لأن الخيار يمنع لزوم الصفقة؛ قال سيدنا عمر رضي الله عنه: «البيع صفقة أو خيار»؛ ولأن الخِيَار هو التخيير بين البيع والإجازة، وهذا يمنع اللزوم[1] كخيار العيب وخيار الرؤية.

---

(١) اتفق جماهير العلماء على صحة البيع مع شرط الخيار وأنه عقد غير لازم في جانب من له الخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه في حدود المدة المشروطة اختلفوا هل ينتقل الملك بهذا العقد أم لا ينتقل؟
والشافعية ـ على أن المبيع مملوك لمن له الخيار من العاقدين بائعاً كان أو مشترياً والثمن مملوك للآخر.
فإذا كان الخيار لهما فالمبيع والثمن موقوفان. وهناك أقوال أخر لا تبلغ درجة هذا القول في الصحة. قول بأن المبيع ملك للبائع وقول بأنه ملك للمشتري، وقول بأنه موقوف وسواء فيها كلها على أي حال كان الخيار لهما أم لأحدهما بائعاً كان أو مشترياً.
والمالكية ـ على أن المبيع على ملك البائع وسواء كان الخيار لهما أم لأحدهما. وعندهم قول ضعيف بأنه مملوك للمشتري والحنابلة ـ مذهبهم عكس مذهب المالكية على خط مستقيم فالمبيع مملوك للمشتري على أي حال كان الخيار لهما أم لأحدهما. وهناك رواية بأنه على ملك البائع، ولكنها غير معتمدة.
والحنفية ـ على أن من له الخيار منهما لا يخرج عن ملكه بدله ومن لا خيار له يخرج بدله عن ملكه.
وهل يدخل في ملك الآخر صاحب الخيار أم لا يدخل؟ بالأول قال الصاحبان:
وبالثاني قال أبو حنيفة.
احتج الشافعية: ـ أولاً ـ لقولهم. إن المبيع ملك لمن له الخيار إذا كان من له الخيار أحدهما. بجواز التصرف فيه ممن له الخيار وحده. إذ يجوز له أن يتصرف فيه بأنواع التصرفات الشرعية ويكون تصرفه نافذاً ومستتبعاً آثاره الشرعية ولا يكون له حق التصرف إلا إذا كان المبيع مملوكاً له في الواقع لامتناع أن يتصرف المرء في ملك غيره.
وثانياً ـ لقولهم. إن الثمن ـ والحال هذه ـ يكون مملوكاً للآخر أعني من لا خيار له. بمملوكية المبيع لمن له الخيار لأن البيع يستلزم تعاكس ملك البدلين فحيث ثبت ملك المبيع للمشتري ـ إذا كان له الخيار ـ ثبت =

....

= ملك الثمن للبائع لانعكاس ملك المبيع. وحيث ثبت للبائع ـ إذا كان هو صاحب الخيار ـ أو بعبارة أصح لم ينتقل عن ملكه الأصلي كذلك يكون الثمن على ملك المشتري لعدم انعكاس ذلك المبيع. وهذا وإن لم أره منصوصاً عند الشافعية إلا أنه لازم قولهم هذا.

وثالثاً ـ لقولهم إن المبيع، والثمن موقوفان إذا كان الخيار لهما معاً بمضمون ما قدمنا. لأن المبيع كما أسلفنا مملوك لمن له الخيار إذا كان أحدهما فإذا كان الخيار لهما ثبت لكل منهما حق تملكه، وهذا حقان متعارضان لا يجتمعان في محل واحد، وليس أحدهما بأولى من الآخر فنجعل المبيع ملكاً له دون صاحبه. لأنهما تساويا في ملكيته حالة الانفراد فكذلك يتساويان حالة الاجتماع. وحيث قد ثبت أنهما حقان متعارضان توقفنا عن الحكم بملكية المبيع لأحدهما، وتركنا الأمر فيه لما يظهر من حالهما بعد فإن أمضي البيع تبينا أن المبيع كان مملوكاً للمشتري من حين العقد، وإن فسخ تبينا أنه لم يخرج عن ملك البائع. وحيث حكمنا بأن المبيع موقوف فكذلك الثمن تحقيقاً لمعنى المعاوضة.

وظهر من هذا أن معنى الوقف عند الشافعية هو عدم الحكم لا الحكم بالوقف. نظراً لتعارض الأدلة لأن الأدلة عند التعارض لا تنتج حكماً، ولكن تستلزم عدم الحكم. وتصريحاتهم في كتبهم تؤدي هذا الذي رأيناه يقول صاحب المنهاج «وإن كان لهما فموقوف فإن تم البيع بان أنه للمشتري من حين العقد وإلا فللبائع».

إذ لو كان المراد هو الحكم بالوقف لناقض هذا قوله «فإن تم البيع الخ» لأن المفهوم من هذا القول أن المبيع على ملك أحدهما في الواقع لكنه غير معلوم حتى يتم البيع أو ينقص فيعلم حينئذ. وهذا المفهوم يناقض الحكم بالوقف لأنه يستلزم أن المبيع لا مالك له في الواقع بل هو سائبة. وأين هذا من قولهم فإن تم البيع الخ؟ وقد تعرضت لشرح الوقف في هذا المقام لأني رأيت بعضاً من أهل العلم يفسرونه على خلاف ما فسرته.

واحتج المالكية: ـ لمذهبهم.

أولاً ـ بأن البيع مع شرط الخيار عقد قاصر إذ لمن له الخيار فسخه في مدة الخيار من غير توقف على رضا صاحبه فلا يفيد نقل الملك. وذلك كالهبة قبل القبض فإنها عقد قاصر لهذا المعنى أيضاً للواهب الرجوع فيها قبل القبض فكانت لا تنقل الملك قبله بل لا بد من إفادتها النقل أن تكون مصحوبة بالقبض. كذلك البيع مع الخيار لا ينتقل الملك به حتى ينقضي أمر الخيار.

وثانياً ـ بأن المبيع في هذا العقد لا يجوز التصرف فيه إلا بانقضاء الخيار، وهو دليل أن الملك لا ينتقل إلا به إذا لو انتقل قبله لجاز التصرف في المبيع للمشتري لملكيته له حينئذ.

واحتج الحنابلة: ـ لمذهبهم بالسنة والمعقول.

أما السنة ـ (١) فقوله ﷺ «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» (٢) وقوله عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلاَم «مَنْ بَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ يُؤَبَّرَ فَثَمَرُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» وذلك أن الرسول جعل مال العبد وثمرة النخل بعد أن تؤبر للبائع إلا أن يشترطهما المبتاع فيكونا له بالشرط، وهذا عام في كل بيع بتا أو على الخيار. وإذا ثبت أن هذين لا يكونان للمبتاع إلا بالشرط ثبت أن الأصل يكون له بدون الشرط.

وأيضاً المبيع وفوائده في الأصل للبائع فتصريحه عليه الصلاة والسلام بأنه حال العبد والثمرة بعد التأبير له إذا باع العبد والنخل يدل على أن الأصل خرج عن ملكه إلى المشتري بمجرد العقد وهذا عام في كل بيع =

....

= كما ذكرنا فعلى مدعي الخصوص الدليل ولا دليل يطمئن له القلب في هذا المقام.

وأما المعقول ـ فمن وجهين ـ الوجه الأول ـ البيع مع شرط الخيار عقد معاوضة صحيح مقصود منه نقل الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالبيع بدون ذلك الشرط ـ الوجه الثاني ـ أن البيع تمليك بدليل أنه يصح بلفظ ملكتك والتمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري، ويقتضيه لفظه وقد اعتبره الشرع وحكم بصحته. فالبيع ـ الذي هو عبارة عن التمليك ـ مع شرط الخيار يقتضي لفظه انتقال الملك وقد حكم الشرع بصحته فوجب اعتباره مقتضاه لا سيما وقد ثبت في الجملة أن الخيار غير مانع من النقل كخيار العيب واحتج الحنفية: ـ أولاً ـ لقولهم. إن صاحب الخيار لا يخرج عن ملكه بدله. بأن عقد البيع إنما يستتبع حكمه من نقل الملك وتوابعه إذا كان معبراً عن تمام الرضا وموافقاً لابتلاء النفس بالرغبة عملاً بقوله تعالى ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ والبيع مع شرط الخيار غير متحقق بهذا المعنى إذ النفس معه قلقة مضطربة لا تقر على قرار مكين لأنها لم تدخل في البيع إلا على شرط أن يوافق المبيع هواها ويتلاءم مع رغبتها. فالنفس وقت البيع بيقين ليست ممتلئة بالرضا ولا مشبعة الرغبة في البيع فيبقى البدل من جهتها على ملكها لعدم تمام المقتضى للنقل.

وثانياً ـ لقولهم إن من لا خيار له يخرج عن ملكه بدله بأن البيع في حقه بت والسبب في نقل الملك، وهو العقد ـ تام معبر عن امتلاء النفس بالرغبة والرضا فيكون المقتضى لخروج بدله عن ملكه موجوداً، وخيار صاحبه لا يصح كونه مانعاً من أن يعمل هذا المقتضى عمله. وذلك أن شرط الخيار شرع نظراً لمن هو له دون الآخر فيعمل عمله في حق مشترط فقط فيمنع خروج ملكه عن ذات يده ولا يعمل هذا العمل فيما تحت يد الطرف الثاني.

هذا وإذا تقرر خروج بدله عن ملكه فهل يدخل في ملك صاحبه ذي الخيار أم لا يدخل؟ بالأول قال الصاحبان، وبالثاني قال أبو حنيفة.

وجهة نظر الصاحبين ـ هي أنه إذا لم نحكم بدخوله في ملك صاحبه مع حكمنا بخروجه عن ملكه لكان زائلاً لا إلى ملك مالك فيكون سائبة وذلك غير معهود في المعاوضات الشرعية. فيكون ما أدى إليه من الحكم بعدم الدخول باطلاً فتعين الحكم بالدخول.

ووجهة نظر أبي حنيفة. أنه لو دخل في ملك الآخر لكان مخالفاً لقاعدة المساواة في المعاوضات المالية الشرعية لأنها تستلزم المساواة في لزوم تعاكس البدلين وإذا كان قد تقرر بالدليل أن من لا خيار له قد خرج عن ملكه بدله ومن له الخيار لم يخرج عن ملكه بدله فلو دخل ملك الأول مع ذلك في ملكه أيضاً لاجتمع العوضان في ملكه وهذا كما قد نا مناقض لقاعدة المساواة في المعاوضات الشرعية.

مناقشة الأدلة: يرد على الشافعية من حيث الدليل الأول القائل المبيع ملك لمن له الخيار لجواز تصرفه وحده فيه بأن نسلم الدليل ولا ينتج دعواهم مع ذلك بأن نثبت الملك قبيل التصرف بالرضا أو عدم الذي يسبق التصرف في العادة لا بمجرد العقد وحده. بيان أن التصرف إن صدر من المشتري ـ وكان بالخيار ـ فهو مصحوب بالإرادة قبله وهذه الإرادة دالة على الرضا بالبيع فنثبت الملك بها لا بعقد الخيار. غاية ما في الأمر يشترط ليكون الملك تاماً أن يصحب الإرادة التنفيذ بالفعل. وحينئذ فيكون جواز التصرف وإلا على الملك ولكنه لا من حيث أرادوا وصوروا.

وإن صدر هذا التصرف من البائع ـ وكان بالخيار. فهو مصحوب قبله بإرادة دالة على عدم الرضا بالبيع =

ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة؛ لأن الثابت بنفس البيع ملك غير متأكّد، وإنما التأكّد بالقَبْض، وعلى هذا يخرج ما إذا كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء ـ أنه ليس لمن له الخيار أن يجيز البيع في البعض دون البعض من غير رضا الآخر، سواء كان

= فيعود المبيع إلى ملكه.

إذا فهم هذا حق فهم علم عدم نهوض دليلهم الثاني والثالث لأنهما مبنيان على هذا الدليل. إذا اعتمدوا في ثبوت ملك الثمن لمن لا خيار له على ثبوت ملك المبيع لمن له الخيار بمجرد العقد. واعتمدوا في وقف ملك المبيع إذا كان الخيار لهما على تعارض ملكيهما وقد ظهر لك أن عقد الخيار لا يثبت الملكية لمن له الخيار حتى يتم التعارض. على أنه إذا تعارض ملكهما بالعقد فالبيع كان يجب أن يكون للبائع لأنه في الأصل وعلى ذلك يكون الثمن للمشتري بناء على أصلهم إذا كان المبيع لأحدهما كان الثمن للآخر ولا بد.

ويرد على المالكية ـ من حيث الدليل الأول. عقد البيع مع شرط الخيار عقد قاصر لجواز فسخه. بأن جواز الفسخ لا يدل على القصور كيف والفسخ جائز للمشتري في بيع المعيب إذا لم يعلم بعيبه ولم يعقل أحد بأنه عقد قاصر.

ومن حيث الدليل الثاني. عدم جواز التصرف دليل عدم نقل الملك بأنه قد لا يجوز التصرف ويكون الملك مع ذلك ثابتاً كالمرهون لا يجوز للراهن التصرف فيه مع أن ملكه لتعلق حق الغير به. وقد يجوز التصرف ولا يدل على الملك كما إذا كان الخيار للمشتري وحده يجوز له التصرف في المبيع مع أن الملك للبائع بناء على أصلكم من أن كل بيع خيار عند ناقل للملك.

ويرد على الحنفية ـ القائلين إن شرط الخيار مانع من نقل ملك من هوله لعدم تمام رضاه بالبيع مستشهدين بقول تعالى ﴿يَأَيُّها الَّذِيْنَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوْا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وبمثل قوله ﷺ «لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ عَنْ طِيْبِ نَفْسِهِ» بأن الرضا نوعان رضا بالبيع، وهو موجود في بيع الخيار وهذا هو السبب الذي اعتبره الشرع في نقل الملك ورضا باللزوم وهذا هو الذي اعتبره الشرع في حل الأكل وجواز التصرف وهو غير موجود في بيع الخيار ولا يلزم من نفيه نفي الأول لا سيما والخيار قد ثبت على خلاف القياس للضرورة فيتقرر بقدرها.

هذا وأما قولهم إن من لا خيار له يخرج عن ملكه بدله مع قولهم بعدم خروج بدل الأخر عن ملكه فيكفينا في رده ما يستلزمه من مناقضات لأحكام المعاوضات المالية الشرعية اعترفوا هم أنفسهم بها.

وأما الحنابلة فأدلتهم على قولهم بانتقال الملك في بيع الخيار على أي حال هذا الخيار فأدلتهم قوية ومنطقتهم فيها سليم، وكل ما يمكن أن يرد على أدلتهم من كونها خاصة غير شاملة لبيع الخيار أو معارضة بأدلة غيرهم فغير طاعن فيها لأن الأصل هو العموم وقد علمت فيما قدمنا مبلغ أدلة غيرهم.

فرأيهم هو الرأي الذي نختاره ونرجحه لا سيما، وكل إنسان أن قصد المتابعين من بيع الخيار إنما هو نقل الملك، وإن من يشترط منهما الخيار فإنما ليحفظ لنفسه حق الفسخ لدرء ما قد يكون هناك من غبن أو خديعة يؤيد هذا قولهم إن من له الخيار له أن يفسخ البيع وله أن يمضيه والفسخ والإمضاء إنما يردان على ما هو قائم وبيع الخيار إذا لم يستلزم الملك الذي هو أول درجات آثار عقد البيع فكأنه غير قائم فما معنى فسخه أو إمضائه.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

الخيار للبائع أو للمشتري، وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض؛ لأن الإجازة في البعض دون البعض تفريق الصَّفقة في اللزوم، وكما لا يجوز تَفْريق أصل الصفقة وهو الإيجاب والقبول إلا برضا العاقدين؛ بأن يقبل البيع في بعض المبيع دون البعض، بعد إضافة الإيجاب والقَبول إلى الجملة، ويوجب البيع بعد إضافة القبول إلى جملته لا يجوز في وصفها؛ وهو أن يلزم البيع في البعض دون البَعْض إلا برضاهما؛ ولو هلك أحد العبدين في يد البائع والخيار له، لم يكُنْ له أن يجيز البيع في الباقي إلا برضا المشتري؛ لأن البيع انفسخ في قدر الهالك، فالإجَازَة في الباقي تكون تفريق الصفقة على المشتري، فلا يجُوزُ من غير رضاه.

ولو هلك أحدهما في يد المشتَري، فللبائع أن يجيز البيْع في الباقي في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: ينتقض البيع وليس له أن يُجِيزَ البيع في الباقي، وإن كان المبيع مما له مثل من المكيل والموْزُون والعددي المتقارب، فهلك بعضه ـ فللبائع أن يجيز في البَاقِي بلا خلاف.

وجه قول محمد: أن الإجَازة ههنا بمنزلة إنشاء التمليك؛ لأن خِيَار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، فكان للإجَازة حكم الإِنشاء، والهالك منهما خرج عن احتمال الإنشاء، والإنشاء في البَاقي تَمْليك بحصته من الثمن، وهي مجهولة فيما لا مثل له، فلم يحتمل الإنشاء؛ وفيما له مثل معْلُومة فاحتمل الإنشاء.

وجه قولهما: أن هذه الإجازة تظهر أن العقْد من حين وجوده انعقد في حق الحكم، فلم يكن الهلاك مانعاً من الإجازة، وقوله: الإِجازة ههنا إنشاء، قلنا: ممنوع فإن العقد ينعقد في حق الحكم بدون الإجازة من انقضاء المُدّة، وبموت من له الخيار؛ ولو كانت الإجازة إنشاء، لتوقف حكم العَقْد على وجودها، وهذا بخلاف بيع الفضولي إذا هلك المبيع قبل الإجازة، ثم أجازه المالك ـ لم يجز وههنا جاز، فهلاك المبيع في بيع الفضولي يَمْنَع من الإِجازة وههنا لا يمنع.

ووجه الفرق: أن بيع الفضولي يثْبُت بطريق الاستناد، والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه، فكانت الإجازة إظهاراً من وجه إنشاءً من وجه، فمن حيث إنها إظهار كان لا يقف صحته على قيام المحل، ومن حيث إنها إنشاء يقف عليه.

فأما في البيع بشَرْط الخيار؛ فالحكم يثبت عند الإجازة بطريق الظهور المحض، فكانت الإجازة إظهاراً أن العَقْد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم، والمحل كان قابلاً وقت العقد، فهلاكه بعد ذلك لا يَمْنَع من الإجازة، والله أعلم.

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة في رجُلين اشتريَا شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام، فاختار أنه يلزم البيع حتى لا يملك الآخر الفَسْخ؛ احتزازاً عن تفريق الصفقة في اللزوم، وسنذكر المسألة في خيار العَيْب إن شاء الله تعالى.

وأما حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه: قال أصْحَابنا: لا حكم للحال، والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحَال لمن له الخيار، بل هو للحال موقوف على معنى أنه لا يعرف حكمه للحَال، وإنما يعرف عند سقوط الخيار؛ لأنه لا يدري أنه يفصل به الفَسْخ أو الإجازة، فيتوقف في الجواب للحال، وهذا تفسير التوقف عندنا، وقال الشافعي رحمه الله في قول مثل قَوْلِنا، وفي قول: هو منعقد مفيد للتملك، لكن ملكاً مسلطاً على فسخه بالخيار.

وجه قوله: أن البيع بشرط الخيار / لا يفارق البيع الباتّ إلا في الخيار، والخيار لا يمنع ثبوت الملك؛ كخيار العَيْب بالإجماع وخيار الرؤية على أصلكم. ٣/ ١٣٩أ

ولنا: أن جواز هذا البيع مع أنه مَعْدُول به عن القياس للحاجة إلى دفع الغبن، ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثُبُوت لذلك للحال؛ لأن من الجائز أن يكون المشتري قريب المشتري، فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال، فلا تندفع حاجته، ثم الخيار لا يخلو: إما أن كان للبائع والمشْتَري جميعاً، وإما أن كان للبائع وحده، وإما أن كان للمشتري وحده، وإما أن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث؛ فإن كان الخيار لهما [جميعاً][1]، فلا ينعقد العَقْد في حق الحكم في البدلين جميعاً، فلا يزول المبيع عن ملك البائع، ولا يدْخل في ملك المشتري.

وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشتري، ولا يدْخُل في ملك البائع، لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجُود في الجانبين جميعاً وهو الخِيار؛ وإن كان البائع وحده، فلا ينعقد في الحكم في حقه، حتى لا يزول المبيع عن مِلكه، ولا يجوز للمشتري أن يتصرَّف فيه، ويخرج الثمن عن ملك المشْتَري؛ لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك البائع؟ عند أبي حنيفة: لا يَدْخُل، وعند أبي يوسف ومحمد: يدخل؛ وإن كان للمشتري وحده، لا ينعقد في حق الحُكْم في حقه حتى لا يزول الثّمن عن ملكه.

ولا يجوز للبائع أن يتصرَّف فيه إذا كان عيناً، ولا يستحقّه على المشتري إذا كان ديناً، ويخرج المَبِيع عن ملك البائع، حتى لا يُجوز له التصرّف فيه؛ لأن البيع بات في حقه، وهل يدخل في ملك المشتري؟ عند أبي حنيفة: لا يدخل، وعندهما: يدخل.

---

(١) سقط في ط.

وجه قولهما: أن ثبوت الحكم عند وجود المسْتَدعي هو الأصل، والامتناع بعارض، والمانع ههنا هو الخيار، وأنه وجد في أحد الجَانِبَيْن لا غير، فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الآخر، ألا ترى كيف خَرَج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشتري، والثمن عن ملك المشتري إذا كان الخِيَار للبائع، فدل أن البيع بات في حق من لا خيار له، فيعمل في بيان[1] هذا الحُكم الذي وضع له.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أن الخيار إذا كان للبَائِع، فالمبيع لم يخرج عن ملكه؛ وإذا كان للمشتري، فالثَّمن لم يخرج عن مِلْكه، وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الأول، ودُخُول المبيع في ملك المشتري لوجهين:

أحدهما: أنه جمع بين البدل والمُبْدل في عقد المبادلة، وهذا لا يجوز.

والثاني: أن في هذا ترك التَّسوية بين العاقدين في حكم المعاوضة، وهذا لا يجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت.

وقولهما: البيع بات في حق من لا خِيَار له، قلنا: هذا يوجب البَتَات في حق الزوال لا في حق الثبوت؛ لأن الخيار من أحد الجَانِبَيْن له أثر في المنع من الزوال، وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثُّبوت من الجانب الآخر إن كان لا يمنع الزَّوال لما ذكرنا من الوجهين، ويتفرَّع على هذا الأصول بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل.

ومنها: إذا اشترى ذا رحم محرم منه على أنه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: لأنه لم يدْخل في ملكه عنده، ولا عتق بدون الملك وهو على خياره إن شاء فَسَخ البيع، وإن شاء أجَازه؛ فإن فسخ لا يعتق؛ لأن العبد عاد إلى ملك البائع، وإن أجازه عتق؛ لأنه سقط الخِيَار ولزم العقد فيلزمه الثمن، وعندهما: يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره؛ لأنه دخل في ملكه ولو قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حر، فاشْتَراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام ـ عتق عليه بالإجماع.

أما عندهما فظاهر؛ لأنه ملكه بنفس الشِّراء فوجد شَرْط الحنث فعتق، وأما عند أبي حنيفة: فلأن المعلق بالشَّرط كالمُنجِز عند وجود الشَّرط، ولو نجز عتقه بعد شرائه بشرط الخِيَار عتق وسقط خِيَاره؛ لكون الإعتاق إجازة واختياراً للمالك على ما نذكر، كذا هذا والله عزَّ وجل أعلم.

ومنها: إذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنِّكاح على أنه بالخِيَار ثلاثة أيام ـ لا تصير أم

(١) في ط: بيان.

ولد له عند أبي حنيفة؛ لأنها لم تدخل في مِلكِه، وهو على خياره إن شاء فسخ البيع وعادت إلى ملك البائع / ، وإن شاء أجازه وصَارَت أم ولد له، ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده ٣/١٣٩ب بنفس الشِّراء؛ لأنها دخلت في ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن.

ومنها: إذا اشترى زوجته بشَرْط الخيار ثلاثة أيام، لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة؛ لأنها لم تدخل في ملكه عنده، وعندهما: فسد لدُخُولها في ملكه، وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصاً منها يرفع النكاح؛ فإن وطئها في مدة الخيار، فإن كانت بكراً كان إجازة بالإجماع.

أما عند أبي حنيفة: فلأجل النُّقصان بإزالة البكارة وهي العذرة، لا لأجل الوطء؛ لأن ملك النكاح قائم، فكان حل الوطْءِ قائماً فلا حاجة إلى ملك اليمين. وأما عندهما: فلأجل النقصان والوطء جميعاً؛ فإن كانت ثَيباً لا يبطل خياره عند أبي حنيفة؛ لأن بُطْلاَنه الخيار لضرورة حل الوطء ولا ضَرُورة؛ لأن ملك النكاح قائم، فكان حل الوطء ثابتاً، فلا ضرورة إلى ملك اليمين بحل الوَطْء، فلم يبطل الخيار، وعندهما: يبطل خياره لضرورة حل الوطْء بملك اليمين؛ لارتفاع النكاح بنفس الشراء، بخلاف ما إذا لم تكن الجارية زوجة له وَوَطِئها - أنه يكون إجازة، سواء كانت بكراً أو ثيباً؛ لأن حل الوطْءِ هناك لا يثبت إلا بملك اليمين؛ لانعدام النكاح، فكان إقدامه على الوطء اختياراً للملك فيبطل الخيار.

ومنها: إذا اشترى جاريةً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها، فحاضت عنده في مدة الخيار حيضة كاملة أو بعض حيضة في مدَّة الخِيَار، فاختار[1] البيع - لا تجزي تلك الحيضة في الاستبراء عند أبي حنيفة، وعليه أن يسْتَبْرِئَها بحيضة أخرى؛ لأنها لم تدخل في مِلْكه عنده، ولم يوجد سبب وجوب الاِسْتِبْراء؛ وعندهما: يحتسب بها؛ لأنها دخلت في ملكه، فكانت الحيْضَة بعد وجود سَبَب وجوب الإستبراء، فكانت محسوبة منه.

ولو اختار فسخ البيع ورد الجَارِية، فلا استبراء على البَائِع عند أبي حنيفة؛ سواء كان الرد قبل القبض أو بعده، وعندهما: قبل القَبْض القياس أن يجب، وفي الاسْتِحْسَان لا يجب، وبعد القبض يجب؛ قياساً واستحساناً على ما ذكرنا في مسائل الاسْتِبْراء.

وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء؛ لأنها لم تخرج عن ملكه؛ وإن أجَازَه، فعلى المشتري أن يسْتَبرئها بعد الإجازة والقبض بحيضة أخرى بالإِجماع؛ لأنه ملكها بعد الإجَازَة وبعد القَبْض ملكاً مطلقاً.

ومنها: إذا اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخِيَار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع، ثم أودعه

(١) في أ: فأجاز.

البائع في مدة الخيار، فهلك في مدة الخيار أو بعدها يهلك على البائع ويبطل البيع عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يدخل في مِلْك المشْتَري، ولما دخل رده على البائع، فقد ارتفع قبضه فهلك المَبِيع قبل القبض، وعندهما: يهلك على المشتري ويلزمه الثمن؛ لأنه دخل في مِلْكِه ـ أَعني المشْتَري ـ فقد أودع ملك نفسه، ويد المودع، يده فهلاكه في يده كهلاكه في يد نفسه؛ ولو كان الخِيَار للبائع فسلَّمه إلى المشتري، ثم إن المشتري أودعه البائع في مدة الخيار، فهلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده ـ بَطَل البيع بالإجماع؛ ولو كان البيع باتًا فقبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه والثمن منقود أو مؤجل، وله خيار رؤية أو [خيار][1] عيب، فأودعه البَائِع فهلك عند البائع ـ يهلك على المشتري ويلزمه الثمن بالإجماع؛ لأن خيار الرُّؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان مودعاً ملك نفسه، والله عز وجل أعلم.

ومنها: إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً، على أنه بالخِيَار ثلاثة أيام وقبضه، ثم أسلم المشتري بطل العقد عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يدْخُل في ملك المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع، وعندهما: يلزم العَقْد ولا يبطل؛ لأنه دخل في ملك المشتري والإسلام يمنع من إخْرَاجه عن ملكه.

ولو أسلم البائع لا يَبْطُل البيع بالإجماع؛ لأن البيع بات في جانبه والإسلام في البيع البات لا يوجب بطلانه، إذا كان بعد القَبْض والمشتري على خياره؛ فإن أجاز البيع جاز ويلزمه / الثمن؛ وإن فسخه انْفَسَخَ وصار الخمر للبائع حكماً، والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكماً. ٣/ ١٤٠أ

ألا ترى أنه يتملكها بالمِيرَاث، ولو كان الخِيَار للبائع فأسلم البائع ـ بطل الخيار؛ لأن خيار البائع يمنع خروج السلعة عن مِلْكِه، والإسلام يمنع إخراج الخمر عن ملكه بالعَقْد فبطل العقد.

ولو أسلم المشتري لا يبطل البيع؛ لأن البيع باتّ في جانبه، والبائع على خياره؛ فإن فسخ البيع عادت الخمر إليه، وإن أَجَازه صار الخمر للمشتري حكماً، والمسلم من أهل أن يتملكها حكماً في الإرث، ولو كان البيع باتاً فأسلما أو أسلم أحدهما ـ لا يبطل البيع؛ لأن الإسلام متى ورد الحَرَام مقبوض يلاقيه بالعفو، لأنه لم يثْبُت بعد الإسلام ملك مبتدأ؛ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال، وإنما يوجد بعد الإسلام دوام الملك والإسْلام لا ينافيه؛ فإن المسلم إذا تخمر عصيره فلا يؤمر بإبطال حقه[2] فيها.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: ملكه.

هذا كله إذا أسْلَما أو أسلم أحدهما بعد القَبْض، فأما إذا كان قبل القبض، بطل البيع كيفما كان، سواء كان البيع باتاً أو بشَرْط الخِيار لهما أو لأحدهما؛ لأن الإسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد؛ لما في القبض من معنى إنشاء العقد من وجه، فيلحق به في باب الحُرمات احتياطاً على ما ذكرنا فيما تقدم، وقد تظهر فَوَائِد هذا الأصل في فُروع أُخَر يطول ذكرها؛ وإن كان المبيع داراً، فإن كان الخيار للبائع ـ لا يثْبُت للشفيع فيها حقّ الشفعة؛ لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع؛ وإن كان للمشتري يَثْبُت للشفيع حق الشفعة بالإجماع. أما على أصلهما فظاهر؛ لأن المَبِيع في ملك المشتري.

وأما على أصل أبي حنيفة فالمبيع وإن لم يدْخل في ملك المشتري، لكنه قد زَال عن ملك البائع بالإجْمَاع، وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت مِلْك المشْتَري، والله أعلمُ.

ولو تبايعا عبداً بجارية، والخيار للبائع فاعْتق البَائع العبد ـ نفذ إعتاقه وانفسخ البيع؛ لأن خيار البائع يمنع زوال العبد عن مِلْكه، فقد أعتق مِلْك نفسه فنفذ، وإن أعتق الجارية نَفَذ أيضاً ولزم البيع.

أما على أصْلهما فظاهر؛ لأنه ملكها فأعتق ملك[1] نفسه.

وأما على أصل أبي حنيفة وإن لم يملكها بالعَقْد، لكن الإقدام على الإعتاق دليل عقد[2] الملك؛ إذ لا وجود للعتق إلا بالملك، ولا ملك إلا بسقوط الخيار فتضمّن إقدامه على الإعتاق إسقاط الخيار؛ ولو أعتقهما معاً نفذ إعتاقهما جميعاً وبطل البيع، وعليه قيمة الجارية، وعندهما: نفذ إعتاقهما ولا شَيْء عليه أما نفوذ إعتاقهما، أما العبد فلا شك فيه؛ لأنه لم يخرج عن ملك البائع بلا خِلاَف، وأما الجارية فكذلك على أصلهما؛ لأنها دخلت في ملكه، وعند أبي حنيفة وإن لم تدخل في ملكه بنفس العقد، فقد دخلت بمقتضى الإقْدَام على إعتاقهما على ما بينا، فإعتاقهما صادف محلاً مملوكاً للمعتق فنفذ.

وأما لزوم قيمة الجارية عند أبي حنيفة؛ فلأن العبد بدل الجَارِية وقد هلك قبل التسليم بالإعتاق، وهلاك المبيع قبل التَّسليم يوجب بطلان البيعَ، وإذا بطل البيع وجب رد الجارية، وقد عجز عن ردِّها بسبب العتق فيغرم قيمتها؛ ولو أعتق المشتري العبد أو الجارية، لم ينفذ إعتاقه.

أما العبد فلأنه لم يدخل في ملكه، وأما الجَارِية فلأنها خرجت عن مِلْكه، والله عز وجل أعلم.

---

(١) في أ: مال.

(٢) في أ: قصد.

وأما بيان ما يسقط به الخيار: ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق: أما خِيَار البائع فما يَسْقط به خياره، ويلزم البيع نوعان في الأصل، أحدهما: اختياري، والآخر: ضَرُورِي، أما الاختياري فالإجَازة؛ لأن الأصْل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار، وقد بطل بالإجازة فيلزم البَيْع، والإجازة نوعان: صريح وما هو في معنى الصريح، ودلالة.

أما الأول: فنحو أن يقول البائع: أجزت البَيْع أو أوجبته، أو أسقطت الخيار أو أبطلته، وما يَجْرِي هذا المُجرى، سواء علم المشتري الإجَازة أو لم يعلم.

وأما الإجازة بطريق الدلالة: فهي أن يوجد منه تصرُّف في الثمن يدل على الإجازة وإيجاب البيع، فالإقْدَام عليه يكون إجَازة للبيع دلالة.

٣/ ١٤٠ب والأصل فيه ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ الله - ﷺ/ - قَالَ لِبَرِيرَةَ حِينَ: «عَتَقَتْ مَلَكْتِ بِضْعَكِ، فَاخْتَارِي، وَإِنْ وَطِئَكَ زَوْجُكِ فَلاَ خِيَارَ لَكِ»[1] فقد جعل النبي - ﷺ - تمكينها من الوَطْء دليل بطلان الخيار، فصار ذلك أصلاً؛ لأن الخيار كما يسقط بصريح الإسقاط يَسْقُط بالإسقاط من طريق الدلاله.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان الثمن عيناً، فتصرّف البائع فيه تصرف الملاّك؛ بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رَهَنه ونحو ذلك؛ لأن ذلك يكون إجازة للبيع.

أما على أصلهما؛ فلأن الثمن دخل في ملك البَائِع، فكان التصرُّف فيه دليل تقرر ملكه، وأنه دليل إجازة البيع.

وأما على أصْل أبي حنيفة: فالإقدام على التصرُّف يكون دليل اختيار الملك فيه، وذا دليل الإجازة؛ وكذا لو كان الثمن ديناً فأبرأ البائع المشْتَري من الثمن، أو اشترى به شيئاً منه أو وهبه من المشتري - فهو إجَازة للبيع لما قلنا، ويصح شراؤه وهبته؛ لأن هبة الدين والشِّراء به ممن عليه الدَّين وأنه جائز، وكذا لو ساومه البائع بالثمن الذي في ذمَّته شيئاً؛ لأنه قَصَد تملُّك ذلك الشيء، ولا يمكنه التملك إلا بثبوت مِلْكه في الثمن أو تقرره فيه.

ولو اشترى بالثمن شيئاً من غيره، لم يصح الشّراء وكان إجازة، أما عدم صحة الشّراء؛ فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين.

وأما كونه إجازة للبيع؛ فلأن الشراء به من غيره، وإن لم يصحّ لكنه قصد التملك وذا دليل الإجازة كما إذا ساومه بل أوْلَى؛ لأن الشراء به في الدلالة على قصده التملك فوق

(١) تقدم.

المساومة، فلما كانت المسَاوَمة إجازة فالشراء أولى، بخلاف ما إذا كان البَائِع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيئاً ـ أنه لا يكون إجازة للبيع؛ لأن عين المقبوض ليس بمستحقّ الرد عند الفسخ؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ، كما لا يتعينان في العقد، فلم يكن المقْبُوض فيه مستحق الرد، فلا يكون التصرُّف دليل الإجازة، بخلاف ما إذا اشترى به قبل القبض؛ لأنه أضاف الشِّراء إلى عين ما هو مستحقّ بالعقد، فكان دليل القصد إلى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا.

ولو كان الخيار للمشْتَري فأبرأه البائع من الثمن، قال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ: لا يصح الإبراء؛ لأن خيار المشتري يمنع وُجوب الثمن، والإبراء إسقاط، وإسقاط ما ليس بثابت لا يتصور.

وروي عن محمَّد ـ رحمه الله ـ: أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء؛ لأن الملك يثبت مستنداً إلَى وقت البَيْع، فتبين أن الثمن كان واجباً، فكان إبراؤه بعد الوجوب فينفذ، والله عز وجل أعلم.

وأما الضروري فثلاثة أشياء:

أحدهما: مضي مدَّة الخيار؛ لأن الخيار مؤقت به، والمؤقّت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، لكن هل تدخل الغَاية في شرط الخيار؛ بأن شَرَط الخيار إلى اللّيل أو إلى الغد، هل يدخَل الليل أو الغد قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: تدخل.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا تدخل.

وجه قولهما: أن الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغَاية؛ كما في قوله تعالى عز شأنه: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إلى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] حتى لا يجب الصَّوم في الليل، وكما في التأجيل إلى غاية أن الغَايَة لا تدخل تَحت الأجل كذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن الغايات منقسمة غاية إخراج وغاية إثبات؛ فغاية الإخراج تدخل [تحت ما][1] ضربت له الغاية؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إلى المَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] والغاية ههنا في معنى غاية الإخراج، ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلاً، لاقتضى ثبوت الخِيَار في الأوقات كلها حتى لم يصح؛ لأنه يكون في معنى شرط خيار مؤبد، بخلاف التأجيل إلى غَاية؛ فإنه لولا ذكر الغَاية لم يثبت الأجل أصلاً، فكانت الغاية غاية إثبات، فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية، والثاني مَوْت البائع في مدة الخِيَار عندنا.

---

(١) في أ: فيما.

وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: لا يبطل الخيار بموته، بل يقوم وارثه مقامه في الفسخ والإجَازة والله عز وجل أعلم.

ولقب هذه المسألة: أن خيار الشَّرط هل يورث أم لا؟(١) [عندنا: يورث، وعنده: لا

(١) فقهاء الأمصار متفقون على أن خيار العيب، وخيار التعيين يورثان. ومختلفون في توريث خيار الشرط، وخيار الرؤية.
فالشافعية والمالكية قالا: يورثان. والحنفية، والحنابلة قالا: لا يورثان.
أما الاتفاقية فدليلهم عليها هو أن الخيار في العيب والتعيين حقٌ متعلق بالمبيع في عينه، فانتقل بالموت إلى الوارث تبعاً لانتقال العين إليه، وهذا نظير حق حبس المبيع إلى أن يحضر المشتري الثمن، ينتقل إلى ورثة البائع بموته. وأما الاختلافية. فاستدل من قال بالإرث بالسنة والمعقول.
أما السنة فقوله (ﷺ) «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كلا أو عيالاً فإليّ»، وكل من خياري الشرط والرؤية حق للمورث، فينتقل للوارث بموته بمقتضى الحديث.
وأما المعقول فقالوا بقياس هذين الخيارين على خياريّ العيب والتعيين، بجامع أن كلاً من هذه الخيارات حق له تعلق بالعين، فينتقل إلى الوارث بانتقالها.
واستدل من قال بعدم الإرث:
أولاً ـ بأن حق الفسخ بهذين الخيارين، لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث كحق الرجوع في الهبة قبل القبض، إذا مات الواهب لا يرثه عنه وارثه؛ لكونه لا يجوز الاعتياض عنه. وهذا بخلاف خيار العيب لمن هو له أن يعتاض عنه بالمصالحة.
وثانياً ـ بأن هذين الخيارين ليسا وصفين بالمبيع حتى يورثان بإرثه؛ وإنما هما مشيئة وإرادة، فهما وصفان قائمان بشخص من هما له، فلا يورثانه عنه؛ لأن الإرث يعتمد إمكان النقل، والأوصاف الشخصية لا تقبل الانتقال بحال، بل تفنى بفناء صاحبها.
هذه هي أدلة الطرفين. يرد على أدلة الطرف الأول: أن الحديث الذي استدلوا به لم يصح منه سوى «من ترك مالاً». أما لفظ: ـ أو حقاً ـ فلم يرد من طريق صحيح، حتى ينهض حجة على دعواهم.
وأن القياس على خياريّ العيب والتعيين ـ قياس مع الفارق؛ لأن الموروث في خياريّ العيب والتعيين ليس سوى العين والخيار ثبت لازماً لها.
بيان ذلك ـ أولاً: بالنسبة لخيار العيب الموروث العين بجميع أجزائها، ومن جملتها الجزء الذي فوته العيب، إلا أنه لما تعذر تسلم ـ ثبت له الخيار ضرورة؛ دفعاً للضرر عنه، كما لو ابتاع شخص شيئاً ففات بعضه قبل قبضه.
وثانياً: بالنسبة لخيار التعيين أصل المملوك للمورث هو أحد الشيئين المخير بينهما، فينتقل إلى الوارث كذلك، ولازمه هو اختلاط ملك الوارث بملك البائع، فوجب عليه تمييز ملكه عن ملك البائع؛ كما لو ورث مالاً مشتركاً فخيره فيه شريكه، حيث يجب عليه التمييز.
وهذا بخلاف خياري الشرط والرؤية، ليس من ضرورة إرث العين ثبوتهما، فلو ورثا ورثاً أصالة واستقلالاً، وقد بينا أنهما وصفان غير قابلين للنقل.
ويرد على أدلة الطرف الثاني. من حيث القياس على الهبة قبل القبض بجامع عدم الاعتياض، بأنا نسلم القياس، ونقول بإرث حق فسخ الهبة قبل القبض؛ لأنه حق متعلق بالعين؛ كما هو مذهب الشافعية، فلا =

يورث][1]، وأجمعوا على أن خِيَار القبول لا يورث، وكذا خيار الإجازة في بيع الفضولي لا يورث بالإجماع؛ وكذا الأجل لا يورث بالاتِّفاق / ، وأجمعوا على أن خيار العَيْب وخيار التَّعيين يورث. ٣/١٤١أ

وأما خيار الرؤية فلم يذكر في الأصْل، وذكر في الحيل أنه لا يورث؛ وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث، احتج الشَّافعي ـ رحمه الله ـ بظواهر آيات المواريث، حيث أثبت الله عز وجل الإرْث في المتروك مطلقاً، والخيار متروك فجرى فيه الإرث، وبما روي عن [ابن سماعة][2] عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ تَرَكَ مَالاً أَوْ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ»[3]

= يصلح والحال ما ذكر دليلاً على دعوى عدم الإرث.
والحق أن حق فسخ الهبة قبل قبضها مما يدخل إرثه ضمن دائرة النزاع؛ فلا يصلح دليلاً للطرفين.
ومن حيث قولهم: كل من خياري الشرط والرؤية وصف شخص، فلا يورث لعدم تصور النقل فيه بأن هذا مسلم، لو كان هذا الوصف لا تعلق له بالمال. أما إذا كان له تعلق بالمال فهذا ما لا نسلمه؛ لأن تعلق به وصف له، والمال يورث بأوصافه. غاية ما هناك الوصف القائم بالعاقد، وهو إرادة الفسخ أو الإمضاء يزول بموته، ولكن الوارث يقوم مقامه في هذا؛ لأنه خليفته.
والذي نراه راجحاً هو مذهب من قال بالإرث؛ لأن هناك كثيراً من الحقوق التي قد أجمع على إرثها لتعلقها بالمال؛ كحق حبس المرتهن للعين المرهونة، كحق حبس المبيع للبائع إذا لم يقبض الثمن. ولأن الوارث إنما يخلف المورث فيما كان مملوكاً له، وملكه في خياري الرؤية والشرط كان غير تام، فيخلفه عليه كذلك؛ لأنه من غير المعقول أن يكون الملك غير تام للمورث، وبينما هو تام للوارث، مع أن سلطانه على ما خلفه مستمد منه.
هذا وأما خيار المجلس فكل من الشافعية، والحنابلة فيه على أصله فالحنابلة لا يورثونه، والشافعية يورثونه. وهناك قول ضعيف في المذهب بعدم إرثه؛ لأنه يبطل بالتفرق، فيبطل بالموت من باب أولى؛ لأن الموت عبارة عن مفارقة الحياة، وهي أبلغ من مفارقة الأبدان. وهذا قياس غريب؛ لأن التفرقة بالأبدان أبطله الدلالة على الرضا، وهل الموت كذلك؟
ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

(١) في أ: عندنا لا يورث وعنده يورث.

(٢) سقط في ط.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٠) كتاب الفرائض: باب: ميراث ذوي الأرحام حديث (٢٨٩٩، ٢٩٠٠) وابن ماجة (٢/ ٩١٤) كتاب الفرائض: باب ذوي الأرحام حديث (٢٧٣٨) والطيالسي (١/ ٢٨٤ ـ منحة) رقم (١٤٤٢) وسعيد بن منصور (١/ ٩٢) رقم (١٧٢) وابن الجارود رقم (٩٦٥) وابن حبان (١٢٢٥ ـ موارد) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٩٧ ـ ٣٩٨) وأحمد (٤/ ١٣١، ١٣٣) والدارقطني (٤/ ٨٥) كتاب الفرائض: حديث (٥٧) والحاكم (٤/ ٣٤٤) والبيهقي (٦/ ٢١٤) كتاب الفرائض: باب من قال بتوريث ذوي الأرحام، كلهم من طريق بديل بن ميسرة عن علي بن أبي طلحة عن راشد بن سعد عن أبي عامر الهوزني عبد الله بن لحي عن المقدام قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك كلاً فإلي (وربما قال إلى الله ورسوله) ومن ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل له وأرثه والخال وارث من لا وارث =

والخيار حقّ تركه فيكون لورثته؛ ولأنه حق ثبت بالبيع فيَجْري فيه الإرث كالملك الثَّابت [به][1]؛ وهذا لأن الإرث كما يثبت في الأملاك يثْبت في الحقوق الثَّابتة بالبيع؛ ولهذا يثبت في خيار العيب وخيار التَّعيين، كذا هذا.

ولنا: أن الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الإرث لا سبيل إلى الأول؛ لأن الشرط لم يوجد من الوَارِث ابتداء، وإثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الوارث يعتمد الباقي بعد موت المورث وخِيَاره لا يبقى بعد مَوْته؛ لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة، ولا يتصوّر ذلك منه بعدَ مَوْته فلا يورث، بخلاف خيار العيب والتعيين؛ لأن الموروث هناك محتمل لإرث وهو العين المَمْلُوكة، وأما الآية والحديث فنقول بموجبهما، لكن لم قلتم إن الخَيار متروك؟ وهذا لأن المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى، فلم يكن متروكاً فلا يورث، والله عز وجل أعلم.

والثالث إجازة أحد الشَّريكين عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ بأن تبايعا على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما ـ بطل الخيار ولزم البيع عنده، حتى لا يملك صاحبه الفسخ. وعندهما: لا يبطل وخيار الآخر على حاله، وسنذكر المسألة في خيار العيب، ولو بلغ الصبي في مدة خيار الشَّرط للأب أو الوصيّ لنفسه في بيع مال الصبي هل يبطل الخِيَار؟

قال أبو يوسف: يبطل ويلزم العقد، وقال محمد: تنقل الإجازة إلى الصبي، فلا يملك الولي الإجازة لكنه يملك الفسخ.

وجه قول محمد: أن الولي يتصرّف في مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعاً؛ لعجزه عن التصرُّف بنفسه، وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الإجَازة إليه إلا أنه يملك الفسخ؛ لأنه من باب

= له يعقل عنه ويرثه».

قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.

وتعقبه الذهبي بقوله: قلت: «على قال أحمد: له أشياء منكرات قلت: لم يخرج له البخاري» ا.هـ.

وقد خولف في هذا الحديث خالفه محمد بن الوليد الزبيدي.

أخرجه ابن حبان (١٢٢٦ ـ موارد) من طريق محمد بن الوليد الزبيدي ثنا راشد بن سعد عن ابن عائذ أن المقدام حدثهم. . . . فذكر نحوه.

وقد صحح الطريق الأول ابن حبان، وحسنه أبو زرعة الرازي قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٥٠) رقم (١٦٣٦): سمعت أبا زرعة وذكر حديث المقدام بن معدي كرب عن النبي ﷺ «الخال وارث من لا وارث له» قال: هو حديث حسن، قال له الفضل الصائغ: أبو عامر الهوزي من هو، قال: معروف روى عنه راشد بن سعد لا بأس به.

(١) سقط في ط.

دَفْع الحق فيَملكه كالفُضُولي في البيع ـ أنه يملك الفسخ قبل إجازة المالك وإن لم يملك الإِجازة.

وجه قول أبي يوسف: أن الخيار يثبت للولي وهو ولاية الفَسْخ والإجازة، وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال إلى الصَّبي؛ ولهذا لم ينتقل إلى الوارث بموت من له الخيار؛ ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع، بطل الخيار ولزم البيع في قولهم جميعاً؛ لأنه لما عجز ورد إلى الرّق لم يبق له ولاية الفسخ والإجازة، فيسقط الخِيَار ضرورة كما يسقط بالموت، وكذا العبد المأذون إذا حجر عليه المولى في مدة الخيار ـ بَطَل خياره عند أبي يوسف وإحدى الروايتين عن محمد لما قلنا، ولو اشترى الأب أو الوصيّ شيئاً بدين في الذمة، وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصَّبي، جاز العَقْد عليهما والصبي بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فَسَخ.

أما الجواز عليهما فلأن ولايتهما قد انْقَطعت بالبلوغ، فلا يملكان التصرف بالفسخ والإجازة، فيبطل خيارهما وجاز العقد في حقِّهما، وأما خيار الصبي فلأن الجواز واللّزوم لم يثبت في حقه، وإنما يثبت في حَقِّهما، فكان له خيار الفسخ والإجازة.

وأما خيار المشتري فيسقط بما يسْقُطُ [به][1] خيار البائع وبغيره أيضاً، فيسقط بمضي المدة بموت من له الخيار عندنا، وإجازة أحد الشّركين عند أبي حنيفة. والإجازة صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة؛ وهو أن يتصرّف المشتري في المبيع تصرف الملاك كالبيع والمساومة والإعتاق والتدبير والكتابة والإجارة والهبة والرَّهن سلم أو لم يسلم؛ لأن جواز هذه التصرُّفات يعتمد الملك، فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك، أو تقرر الملك على اختلاف الأصْلَين وذا دليل الإجازة، وكذا الوطء منه والتقبيل / بشهوة، والمباشرة لشهوة والنَّظر إلى فرجها لشهوة يكون إجازة منه؛ لأنه تصرّف لا يحل إلا بملك اليمين. ٣/ ١٤١ب

وأما المس من غير شهوة والنظر إلى فرجها بغير شهوة ـ فلا يكون إجازة؛ لأن ذلك مباحٌ في الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة.

وأما الاستخدام فالقياس أن يكون إجازة بمنزلة المس عن شهوة، والنظر إلى الفرج عن شهوة، وفي الاستحسان لا يكون إجازة لأنه يختص بالملك؛ ولأنه يحتاج إليه للتجربة والامتحان لينظر أنه يوافقه أم لا؟ على أن فيه ضرورة؛ لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثَوْبه عند إرادة الرد فيرده، أو يستسرجه دابته ليركبها، فيرده فيسقط اعتباره لمكان الضَّرورة.

---

(١) سقط في ط.

ولو قبلت الجارية المشتري بشهوة أو باشرته؛ فإن كان ذلك بتَمْكِين [المشتري][1] بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت ـ يسْقط خياره.

وكذا هذا في حق خيار الرؤية إذا قبلته بعد الرُّؤية؛ وكذا في خيار العيب إذا وجد بها عيباً ثم قبلته؛ وكذا في الطلاق إذا فعلت ذلك كان رجعة، وإن اختلست اختلاساً من غير تمكين المشتَرِي والزوج وهو كاره لذلك، فكذلك عند أبي حنيفة.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يكون ذلك رجعة ولا إجازة للبيع، وقال محمد: لا يكون فعلها إجازة للبيع كيفما كان، وأجمعوا على أنها لو باضعَتْه وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها ـ أنه يسقط الخِيَار ويكون رجعة.

وجه قول محمد: إن الخيار حق شرط له، ولم يوجد منه ما يبطله نصًا ولا دلالة، وهو فعل يدل عليه فلا يبطل، ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: إن الاحتياط يوجب سقوط الخيار؛ إذ لو لم يسْقُط ومن الجائز أن يفسخ البيع ـ لتبيين أن المس عن شهوة، والتمكين من المس عن شَهْوَة حصل في غير ملك وكل ذلك حرام، فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة بطريق الصِّيانة عن ارتكاب الحرام، وأنه واجب؛ ولأن المس عن شَهْوة يفضي إلى الوطء، والسبب المفْضِي إلى الشيء يقوم مقامه، خصوصاً في مَوْضع الاحتياط، فأقيم ذلك مقام الوطء من المشتري؛ ولهذا يثبت حرمة المصَاهَرة بالمس عن شهوة من الجانبين؛ لكونه سبباً مفضياً إلى الوطء، فأقيم مقامه كذا هذا.

ولو قبل المشتري الجارية ثم قال: قبلتها لغير شهوة ـ فالقول قوله؛ كذا روي عن محمد؛ لأن الخيار كان ثابتاً له فهو بقوله كان لغير شَهْوة ينكر سقوطه، فكان القول قوله؛ وكذلك قال أبو حنيفة في الجَارِية إذا قبَّلت المشْتَري بشهوة: أنه إنما يسقط الخيار ويلزمه العقد إذا أقر المشتري أنها فعلت بشَهْوة.

فأما إذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة فلا يسقط؛ لأن حكم فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على إقراره؛ ولو حدث في المبيع في يد المشْتَري ما يمنع الرد على البائع بطل خياره؛ لأن فائدة الخِيَار هو التمكن من الفَسْخ والرد، فإذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بَقَاء الخيار فائدة فلا يبقى ذلك، وذلك نحو ما إذا هلك في يده أو انتقص؛ بأن تعيَّب بعيب لا يحتمل الارتفاع، سواء كان ذلك فاحشاً أو يسيراً، وسواء كان ذلك بفعل المشْتَري أو بفعل البائع أو بآفة سماوية، أو بفعل المَبِيع، أو بفعل أجنبي؛ لأن حدُوث هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد.

(١) سقط في ط.

أما الهلاك فظاهر، وكذا النُّقصان لفوات شرط الرد، وهو أن يكون ما قبض كما قبض؛ لأنه إذا انْتَقض شيء منه فقد تعذر رد القَدْر الفائت، فتقرر على المشتري حصته من الثمن؛ لأن فواته حصل في ضمان المشتري، فلو رد الباقي كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وهذا لا يجوز.

وإذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أيضاً إلا في خَصْلة واحدة؛ وهي ما إذا انتقص بفعل البائع؛ فإن المشتري فيهما على خِيَاره عنده إن شاء ردّ عليه وإن شاء أمسكه، وأخذ الأرش من البائع؛ كذا ذكره القَاضِي في شرحه مختصر الطحاوي الاختلاف.

وذكر الكَرْخي ـ رحمه الله ـ الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله؛ وإن كان العيب / مما يحتمل الارْتِفاع كالمرض، فالمشتري على خِيَاره إن شاء فسخ وإن شاء أجاز؛ لأن كل عَارِض على أصل إذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كأنه لم يكن، هذا هو الأصل وليس له أن يَفْسَخ إلا أن يرتفع العيب في مدة الخيار؛ فإن مضت المدة والعيب قائم، بَطَل حق الفسْخ ولزم البيع لتعذُّر الرد، والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٤٢أ

وعلى هذا يخرج ما إذا ازداد المبيع زيادة متصلة غير متولّدة من الأصل؛ كما إذا كان وثباً فصبغه أو سويقاً فلته[1] بسمن، أو كان أرضاً فبنى عليها أو غرس فيها ـ أنه يَبْطل خيارهِ، لأن هذه الزيادة مانعة من الردّ بالإجماع، فكانت مسقطة للخيار، ولو كانت الزيادة متصلة متولّدة من الأصل كالحسن والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البَيَاض من العَيْن ونحو ذلك، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يبْطُل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في النّكاح، وعنده: لا تمنع، والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

وإن كان الزيادة منفصلة متولّدة من الأصل كالولد والثمر واللبن ونحوها، أو كانت غير متولّدة من الأصل بدل الجزء الفائت كالأرش أو بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره؛ لأنها مانعة من الردّ عندنا، وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصْل، ولا هي بدل الجزء الفائت أو ما هو في معنى الجزء كالصَّدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره؛ لأن هذه الزِّيادة لا تمنع الرد، فلا يبطل الخيار؛ فإن اختار البيع فالزوائد له مع الأصل؛ لأنه تبين أنها كسب ملكه فكانت ملكه.

---

(١) لَتَّهُ: خَلَطَهُ.

وإن اختار الفسخ رد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الزوائد تكون له بناء على أن مِلْك المبيع كان موقوفاً، فإذا فسخ تبين أنه لم يدْخُل في ملكه، فتبين أن الزِّيادة حصلت على ملك البائع، فيردها إليه مع الأصل، وعندهما: المبيع دَخَل في ملك المشتري، فكانت الزَّوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الأصل لا في الزيادة، فبقيت على حكم مِلْك المشتري.

ولو كان المبيع دابة فركبها فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجَازة، وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها ـ فالقِيَاس أن يكون إجازة؛ لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً، وفي الاسْتِحْسَان لا يكون إجازة وهو على خياره؛ لأن ذلك مما لا بد منه خصوصاً إذا كانت الدَّابة صعبة لا تنقاد بالقود، فكان ذلك من ضرورات الردّ فلا يجعل إجازة.

ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خياره؛ لأنه لا بد له من ذلك للاختيار بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها [لينظر إلى ركدها][1] بعد ما علم بالعَيْب أنه يبطل خياره؛ لأن له منه بدا ولا حاجة إلى الرُّكوب هناك لمعرفة سيرها، فكان دليل الرضا بالعيب، ولو كان المبيع ثوباً فلبسه لينظر إلى قصره من طُوله وعرضه ـ لا يبْطُل خياره؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه للتجربة والامتحان أنه يوافِقُه أم لا، فلم يكن منه بد.

ولو ركب الدابة ليعرف سيرها، ثم ركبها مرة أخرى ـ ينظر إن ركبها لمعرفة سير آخر غير الأول بأن ركبها مرة ليعرف أنها هملاج ثم رَكِبها ثانياً ليعرف سرعة عدوها فهو على خِيَاره؛ لأن معرفة السّيرين مقصودة تقع الحاجة إليها في بعض الدواب.

وإن ركبها لمعرفة السير الأوّل قالوا: يسقط خِيَاره، وكذا في استخدام الرقيق إذا استخدمه في نوع ثم استَخْدمه في ذلك النوع ـ قالوا: يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا: لا يسقط؛ لأن الاختبار لا يحْصُل بالمرة الواحدة؛ لجواز أن الأول وقع اتفاقاً، فيحتاج إلى التَّكرار لمعرفة العادة وفي الثوب إذا لبسه مرّة لمعرفة الطُّول والعرض، ثم لبسه ثانياً ـ يسقط خِيَاره؛ لأنه لا حاجة إلى تكرار اللّبس في الثوب؛ لحصول المقْصُود باللبس مرة واحدة.

ولو حمل على الدَّابة علفاً فهو إجازة[2]؛ لأنه يمكنه حمل العَلَف على غيرها؛ ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيئاً، للهو على خِيَاره؛ لأنه تصرّف لا يختص بالملك، إذ / هو من باب إصْلاَح الدابة فيملكه كل واحد، ويكون مأذوناً فيه دلالة كما إذا علفها أو سَقَاها. ٣/١٤٢ب

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: على خياره.

ولو ودجها[١] أو بزغها[٢] فهو إجازة؛ لأنه تصرّف فيها بالتنقيص؛ فإن كان شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو إجازة؛ لأنه لا يحلّ إلا بالملك أو الإذن من المالك ولم يوجد الإذن، فكان دليلاً على قصد التملّك أو التقرير فيكون إجازة.

ولو كان المبيع داراً فسكنها المشتري أو أسكنها غيره بأجر أو بغير أجر، أو رم شيئاً منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيئاً أو هدم فيها شيئاً ـ فذلك كله إجازة؛ لأنه دليل اختيار الملك أو تَقْرِيره، فكان إجازة دلالة.

وذكر القاضي في شرحه مختصر الطّحاوي في سكنى المشتري روايتان: ووفق بينهما فحمل إحداهما على ابتداء السُّكنى والأخرى على الدوام عليه، ولو كان فيها ساكن بأجر فباعها البائع برضا [المشتري][٣] بالمستأجر، وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري فيها أو استأوى الغلة فهو إجازة؛ لأن الأجرة بدل المنفعة، فَكَان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة، وذلك قصد تملك الدار أو تقرر ملكه فيها فكان إجازة.

ولو كان المبيع أرضاً فيها حرث، فسقاه أو حَصَده أو قصل[٤] منه شيئاً ـ فهو إجازة؛ لأن السقي تصرف في الحرث بالتزكية، فكان دليل اختيار البيع وإيجابه، وكذلك القصل تصرف فيه بالتنقيص، فكان دَلِيل قصد التملك أو التقرر، ولو شرب من نهر تلك الأرض أو سَقَى منه دوابه لا يكون إجَازَة؛ لأن هذا تصرّف لا يختص بالملك لأنه مباحٌ، ولو كان المبيع رحى فطحن فيها؛ فإن هو طحن ليعرف مقدار طَحْنها فهو على خِياره؛ لأنه تحقق ما شرع له الخيار، ولو دام على ذلك كان إجازة؛ لأنه لا حَاجَة إلى الزيادة للاختيار، فكان دليل الرّضا بوجوب البيع.

وأما خيار البائع والمشتَري جميعاً فيسقط بما يسقط به حالة الانْفِراد، فأيهما أجاز صريحاً أو ما يجري مجرى الصريح، أو فعل ما يدل على الإجازة ـ بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، وأيهما فسخ صريحاً أو ما يجري مجرى الصّريح، أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلاً ورأساً، ولا تلحقه الإجَازة من صاحبه بعد ذلك، وإنما اختلف حكم الفسخ والإجازة؛ لأن الفسخ تصرف في العقد بالإبْطَال والعقد بعدما بطل لا يَحْتَمِل الإجَازة؛ لأن الباطل متلاشى.

---

(١) ودجها: قطع ودجها؛ وهو عرق في العنق إذا قطعه الذابح لا تبقى معه الحياة.

(٢) بزغها: وخزها وخزاً خفيفاً فوق الحافر لا يبلغ العصب علاجها لها. المعجم الوسط (بزغ)

(٣) سقط في ط.

(٤) قصل: قطع أو دَاسَ.

وأما الإجازة فهي تصرّف في العقد بالتّغيير وهو الإلْزَام لا بالإعدام، فلا يخرجه عن احتمال الفسخ والإجازة؛ ولو أجاز أحَدُهما وفسخ الآخر، انفسخ العقد، سواء كان على التعاقب أو على القران؛ لأن الفَسْخَ أقوى من الإجازة.

ألا ترى أنه يلحق الإجازة، فإن المجاز يَحْتَمل الفسخ، فأما الإجازة فلا تلحق الفسخ؛ فإن المفْسُوخ لا يحتمل الإجازة، فكان الفسخ أقوى من الإجازة، فكان أولى، ولو اختلفا في الفَسْخ والإجازة، فقال أحدهما: فسخنا البيع، وقال الآخر: لا، بل أجزنا البيع جميعاً، فاخْتِلاَفهما لا يخلو من أن يكون في مدة الخيار أو بعد مضي المدّة؛ فإن كان في المدة، فالقول قول من يدعي الفسخ؛ لأن أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالإجَازة.

ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدَّعي الإجازة؛ لأنه المدّعي، وإن كان بعد مضي المدة، فقال أحدهما: مضت المدّة بعد الفسخ، وقال الآخر: بعد الإجازة، فالقول قَوْل من يدعي الإجَازة؛ لأن الحال حَال الجواز، وهو ما بعد انقضاء المدة، فترجح جانبه بشهادة الحال، فكان القول قوله.

ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ؛ لأنها تثبت أمراً بخلاف الظّاهر والبينات شرعت له؛ وإن كان الخيار لأحدهما واختلفا في الفسخ والإجازة في مدة الخيار ـ فالقول قول من له الخيار، سواء ادَّعى الفَسْخ أم الإجازة؛ لأنه يملك الأمرين جميعاً، والبينة بينة الآخر؛ لأنه هو المدَّعي؛ ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار، فالقول قول من يدعي الإجازة أيهما كان؛ لأن الحَال حال الجواز وهِيَ ما بعد مضي المدة؛ ولو أرخت البينات في هذا كله فأسبقهما تاريخاً أولى، سواء قامَتْ على/ الفسخ أو على الإجَازة، والله عز وجل أعلم. ٣/١٤٣أ

وإن كان خيار الشرط لغير العَاقِدين، بأن شرط أحدهما الخيار لأَجنبي فقد ذكرنا أن ذلك جائز، وللشارط والمشْروط له خيار الفسخ والإجازة، وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ؛ لأنه صَارَ شارطاً لنفسه مقتضى الشرط لغيره، وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشّارط في الفسخ والإجازة؛ فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر؛ فإن كانا على التّعاقُب فأولهما أولى فسخاً كان أو إجازة؛ لأن الثابت بالشرط أحد الأمرين، فأيهما سَبَق وجوده بطل الآخر، وإن كانا معاً ذكر في البُيُوع أن تصرف المالك عن ولاية المِلْك أولى، نقضاً كان أو إجازة، وذكر في المأذون أن النّقض أوْلَى من أيهما كان.

وجه رواية البيوع: أن تصرّف المالك صدر عن ولاية الملك، فلا يعارضه الصّادر عن ولاية النيابة.

وجه رواية المأذون: أن النّقض أولى من الإجازة؛ لأن المجاز يحتمل الفسخ أما

المفسوخ فلا يحتمل الإجازة، فكان الرجحان في المأذون للنقض من أيهما كان، وقيل: ما روي في البُيُوع قول محمد، لأنه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر في المأذون قول أبي يوسف؛ لأنه لا يرى تقديم ولاية الملك، وأصله ما ذكر في النوادر أن الوكيل بالبيع إذا باع من إنْسَان وباع المالك من غيره، وخرج الكلامان، مع أن بيع الموكل أولى عند محمد، وعند أبي يُوسف: يجعل العبد بينهما نصفين، ويخير كل واحد من المشْتَريين، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما ينفسخ به، فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان ما ينفسخ به.

والثاني: في بيان شرائطه فنَقُول وبالله التوفيق: ما ينفسخ به في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاخْتِيَاري نوعان أيضاً: صريح وما هو في معنى الصريح، ودلالة.

أما الأول: فنحو أن يقول من له الخيار: فَسَخْت البيع أو نقضته أو أبطلته، وما يجري هذا المجرى فينفسخ البيع، سواء كان الخِيَار للبَائع أو للمشْتَري أولهما أو لغيرهما، ولا يشترط له التَّراضي ولا قَضَاء القاضي؛ لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه.

وأما الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرَّف من له الخيار تصرف الملاك؛ إن كان الخيار للبائع وفي الثَّمن إن كان عيناً إذا كان الخيار للمشْتَري؛ لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرُّفه في المبيع تصرف الملاك دليل اسْتِبْقَاء ملكه فيه، وإذا كان للمشتري فتصرّفه في الثمن إذا كان عيناً تصرف الملاك دليل اسْتِبْقَاء ملكه فيه، ولا يكون ذلك إلا بالفسخ، فالإقْدَام عليه يكون فسخاً للعقد دلالة.

والحاصل أن [ما][1] وجد من البائع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن [إذا كان عيباً لو وجد ذلك منه في المبيع][2] لكان إجازة للبيع يكون فسخاً للبيع، وقد ذكرنا ذلك كله، وهذا النَّوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف، بخلاف النَّوع الأول؛ لأن لانفساخ هٰهنا لا يثبت بالفسخ مقصوداً، وإنما يثبت ضمناً لغيره، فلا يشْتَرط له ما يشترط للفسخ مقصوداً؛ كبيع الشرب والطريق ـ أنه لا يجوز مقصوداً، ويجوز تبعاً للأرض، والله عز وجل أعلم.

وأما الضروري فنحو أن يَهْلك المبيع قبل القبض، فيبطل البيع؛ سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعاً؛ لأنه لو كان باتاً لبطل، فإذا كان فيه خيار الشرط أولى؛ لأنه أضعف منه؛ وإن هلك بعد القَبْض، فإن كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع، ولكن تلزمه

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

القيمة إن لم يكن له مثل[1]، والمِثْل إن كان له مثل أما بطلان البيع فلأن المبيع صَارَ بحال لا يحْتَمل إنشاء العقد عليه، فلا يحتمل الإجازة فينفسخ العقد ضرورة، وأما لزوم القيمة فَقَوْل عامة العُلَمَاء، وقال ابن أبي ليلى؛ أنه يهلك أمانة.

وجه قوله: أن الخِيَار منع انعقاد العقد في حق الحُكم، فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري، فيهلك هلاك الأَمَانَات.

(١) وهنا نفرق بين حالتين: ممن يكون ضمان المبيع: أثناء الخيار؟ أمن ضمان من ثبت له ملكه بائعاً كان أو مشترياً كما هو الحال في ضمان الأموال أم الأمر هنا على خلاف ذلك؟

وللمبيع في البيع البت حالتان الحالة الأولى أن يصيبه التلف أو العطب قبل قبض المشتري له فيكون من ضمان البائع لأن القبض من متممات البيع، ولم يحصل، والحالة الثانية أن يصيبه ذلك بعد القبض فيكون من ضمان المشتري لتمام البيع بالقبض مع العلم بأن المبيع في الحالين ملك للمشتري.

فبيع الخيار قبل القبض حكمه في الضمان حكم البيع البت سواء قلنا المبيع على ملك البائع وذلك ظاهر أو قلنا إنه مملوك للمشتري لأنه إن لم يكن دون البيع البت فليس أحسن مالاً منه حتى تجعله من ضمان المشتري.

وبعد القبض الأصل فيه أن يكون من ضمان من ثبت له ملك إلا أن يعارضه أصل آخر أرجح منه كما كان المبيع في البيع البت من ضمان البائع قبل القبض مع أنه مملوك للمشتري فهو غير الحنفية من ضمان المشتري مطلقاً سواء كان الخيار له أو للبائع إلا أنه يضمنه بالثمن إذا كان الخيار له لانبرام العقد في حقه بالتلف لكونه لا يعرى عن مقدمة عيب والعيب يمنع الرد حال وجوده فإذا اتصل به الهلاك فلم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك، وقد تامه العقد، وفي تمامه يلزم الثمن لا القيمة. ويضمنه بالقيمة إذا كان الخيار للبائع لأن البيع ينفسخ بالهلاك لكونه موقوف النفاذ ولا نفاذ بدون المحل فيكون كالمقبوض على سوم الشراء، وفيه القيمة إذا هلك عند الشافعية ـ هو كذلك من ضمان المشتري إلا في حالة واحدة وهي ما إذا كان الخيار للبائع وحده فإنه يكون عند المشتري حينئذ أمانة لأنه لم يقبض على سوم الشراء كما يدعي الحنفية لكون البيع في جانبه بتاً لازماً فيهلك إن هلك من ضمان البائع لكونه ملكه، ولم يعارضه أصل القياس على المستام حتى يكون من ضمان المشتري. ووافقوا الحنفية على أن البيع في هذه الحالة مفسوخ. وفي غير هذه الحالة لا يفسخ البيع بالهلاك، ولا ينقطع الخيار لأن الحاجة الواعية إلى شرط لا تزول بالهلاك. فلمن له الخيار الفسخ أو الإمضاء فإن فسخ وجبت القيمة للبائع لأنه حينئذ في يد المشتري كالمستام سواء كان الخيار له وحده أو مع البائع، وإن تم وجب ثمن المتفق عليه للبائع وعند المالكية هو من ضمان البائع لكونه ملكه وهو في يد المشتري أمانة ولم يرتضوا القياس على المستام لأن الفرض أن المشتري قبضه على جهة البيع لا على جهة السوم اللهم إلا إذا ظهر تقصير المشتري أو كان المبيع مما يغاب على البائع كالحلي فإنه يكون من ضمان المشتري أخذاً بالمصالح المراسلة وعند الحنابلة هو من ضمان المشتري لكونه ملكه فإذا كان الخيار له وحده انقطع خياره بهلاكه ولزمه ثمنه وإذا كان الخيار للبائع وحده أو مع المشتري فهل يلزمه الثمن أو القيمة؟ روايتان. مبنيان على أن خيار البائع هل يبطل بهلاك المبيع أم لا يبطل؟ فمن ذهب إلى الأول ألزم المشتري الثمن ومن ذهب إلى الثاني ألزم المشتري القيمة. والله أعلم.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

ولنا: أن البيع وإن لم ينعقد في حق الحكم، لكن المَبِيع في قبض المشْتَري على حكم البيع، فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء، بل هو فوقه؛ لأنَّ هناك لم يوجد العقد لا بِنَفْس ولا بحكمه، وههنا إن لم يثبت حُكم العقد فقد وجد بنفسه، وذلك مضمون بالقيمة أو بالمِثْل فهذا أولى.

وإن كان الخيار للمشْتَرِي لا يبطل البيع، ولكن يبطل الخِيَار ويلزم البيع وعليه الثمن/ ، ٣/ ١٤٣ب أما على أصلهما فظاهر؛ لأن المشْتَرِي ملكه بالعقد؛ فإذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن، فإذا هلك يهلك مضْمُوناً بالثَّمن كما كان في البيع البات.

وأما على أصل أبي حنيفة، فالمشْتَري وإن لم يملكه فقد اعترض عليه في يده قبل القبض ما يمنع الرد، وهو التعيب بعيب لم يكن عند البَائِع، لأن الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة؛ لأنه لا يَخْلُو عن سبب مَوْته في الهلاك عادة، وأنه يكون عيباً، وتعيب المبيع في يَدِ المشْتَري يمنع الرد، ويلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم؛ فإذا هَلَك يهلك بالثمن.

ولو استهلك المبيع أجنبي والخيار للبائع، لا يَنْفَسخ البيع، والبائع على خياره؛ لأنه يهلك إلى خلف وهو الضمان؛ لوجود سبب الوُجُوب للضمان وهو إتلاف مال متقوم مملوك لغيره؛ لأن خيار البَائِع يمنع خروج المبيع عن ملكه، والهالك إلى خلف قائم معنى، فكان المبيع قائماً فكان محتملاً للإجازة، سواء كان المَبِيع في يد المشتري أو في يد البائع؛ لأنه مضمون بالإتلاَف في الحالين جميعاً، فإن شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان.

وكذلك لو استهلكه المشتري؛ لأنه وجب الضمان عليه بالاسْتِهْلاَك؛ لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون، فيقوم مقامه، فكان المَبِيع قائماً معنى، فكان الخيار على حاله: إن شاء فَسَخ البيع واتبع المشتري بالضمان، وإن شاء أجازه واتبعه بالثمن.

ولو تعيَّب المبيع في يد البائع؛ فإن كان بآفة سماوية أو بفعل المَبِيع، لا يبطل البيع وهو على خياره؛ لأن ما انتقص منه من غير فعله غير مضْمُون عليه، حيث لا يسقط بحصَّته شيء من الثَّمن، فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان بإبقاء الخيار، لأنه يودي إلى تفريق الصفقة على المشتري، فإن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازه، فإن أجازه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض.

وإن كان لفعل البائع بطل البيع، لأن ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشتري حصته قدر النقصان من الثمن، فالإجازة تتضمَّن تفريق الصفقة على المشتري قبل التَّمَام.

وإن كان بفعل أجنبي، لم يبطل البَيْع وهو على خياره؛ لأن قدر النقصان هلك إلى خلف وهو الضَّمان، فكان قائماً معنى ولم يَبْطل البيع في قدر الهالك، فكان البائع على خِياره: إن شاء فسخ البيع واتبع الجاني بالأرش، وإن شاء أجاز واتبع المشتري بالثمن، والمشْتَري يتبع الجاني بالأرش.

وكذلك لو تعيب بفعل المشتَرِي لا يبطل البَيْع والبائع على خياره، لأن المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضموناً على المشتري، فكان هلاكاً إلى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره، إن شاء فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان، وإن شاء أجازه واتبع المشْتَرِي بالثمن.

وكذلك إذا تعيب في يد المشتري بفعل أجنبي أو بفعل المشتري أو بآفة سماوية ـ فالبائع على خياره فإن شَاءَ أجاز البيع، وإن شاء فسخه؛ فإن أجاز أخذ من المشتري جميع الثمن، سواء كان التعيّب بفعل المشْتَري أو بفعل الأجنبي أو بآفة سماوية، لأن البيع جاز في الكل. ولا يكُون للمشتري خيار الرد بحدوث التغير في المبيع؛ لأنه حدث في يده في ضمانه غير أنه إن كان التَّعييب بفعل المشتري، فلا سبيل له على أحد.

وإن كان بفعل الأجنبي فللمشْتَري أن يتبع الجاني بالأرض، لأنه ملك العبد بإجازة لبائع من وقت البيع، فتبين أن الجِنَاية حصلت على مِلْكه؛ وإن فسخ ينظر إن كان التعيب بفعل المشْتَري؛ فإن البائع يَأْخذ الباقي ويَأْخذ أرش الجناية من المشتري؛ لأن العبد كان مضموناً على المشتري بالقيمة.

ألا ترى أنه لو هلك في يده لزمته قيمته، وبالفَسْخ وجب عليه رده، وقد عجز عن رد قدر الفائت فيلزمه رد قيمته؛ كذا إذا تعيَّب بآفة سماوية لما قلنا، وإن كان التعيب بفعل أجنبي، فالبائع بالخيار إن شاء اتبع الأجنبي بالأرْش؛ لأن الجناية حصلت على ملكه، وإن شاء اتبع المشْتَري؛ لأن الجناية حصلت في ضمان المشتري، فإن اختار اتباع الأجنبي فالأجنبي لا يرجع على أحد، لأنه ضمن بفعل نفسه.

وإن اختار اتباع المشتري فالمشْتَرِي يرجع بما ضمن من الأرْش على الأجنبي؛ لأن المشْتَري قام مقام البائع في حق ملك بدل الفَائِت، وإن لم يقم/ مقامه في حق ملك نَفْس الفائت كغاصب المدبّر إذا قتل المدبّر في يده وضمنه للمالك ـ أن له أن يَرْجع بما ضمن على القاتل، وإن لم يَمْلك نفس المدبر؛ كذا هذا والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٤٤أ

وأما شرائط جواز الفَسْخ، فمنها قيام الخيار؛ لأن الخيار إذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفَسْخ، ومنها علم صاحبه بالفَسْخ عند أبي حنيفة ومحمد، حتى لو فسخ بغير علمه ـ كان فسخه موقوفاً عندهما إن علم صَاحِبه بفسخه في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مَضَت المدة لزم العقد.

وكذا لو أجاز الفاسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صَاحِبه، وجازت إجازته ولزم العقد وبطل فسخه، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رَجع وقال: علم صاحبه ليس بشرط، حتى لو فسخ يصح فسخ علم صاحبه بالفَسْخ أو لا.

وروي عن أبي يوسف: أنه فصل بين خِيَار البائع وخيار المشتري، فلم يشترط العلم في خِيَار البائع وشرط في خيار المشْتَري.

وأما خيار الرُّؤية فهو على هذا الاخْتِلاَف ذكره الكرخي، ولا خلاف بين أصحابنا في خيار العيب أن العلم بالفَسْخ فيه شرط، سواء كان بعد القَضَاء أو قبله، وأجمعوا على أن عَزْل الموكل وكيله بغير علمه وإن فسخ أحد الشريكين الشركة، أو نهى رب المال المضارب عن التصرُّف بغير علمه - لا يصحُّ.

وجه قول أبي يوسف: أنه يملك الإجازة بغير علم صَاحِبِه فيملك الفسخ، والجامع بينهما أن كل واحد منهما حَصَل بتسليط صاحِبه عَلَيه ورضاه، فلا معنى للتوقف على علمه؛ كالوكيل بالبيع إذا بَاعَ من غير علم الموكّل.

وجه قولهما: أن الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرّر به صاحبه، فلا ينفذ دفعاً للضَّرر عنه؛ كالموكل إذا عزل وكيله بغير علمه، وبيان الضَّرر أن صاحبه إذا لم يعلم بالفسخ، فتصرّف في المبيع بعد مضي مدَّة الخِيَار على ظن أنه مِلْكه؛ فلو جاز الفسخ من غير علمه، لتبين أنه تصرّف في ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضَّمان فيتضرر به؛ ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه، كذا هذا بخلاف الإجازة - أنه يصح من غير علمه، لأنه لا ضَرَر فيه، وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل.

ومنها: ألاَّ يكون في الفسخ تفريق الصَّفقة، حتى لا يملك الإجازة في البعض دون البعض؛ لأنه تفريق الصَّفقة قبل تمامها وأنه باطل.

وأما الخيار الثابت بالشَّرط دلالة: فهو خيار العيب[1]، والكلام في بيع المعيب في مواضع: في بيان حكمه.

---

(١) العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد، وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما بعد نقصاً.
ويقال: عاب المتاع، وعابه زيد يتعدى ويلزم، وإضافة الخيار إليه من إضافة الشيء إلى سببه أي: خيار سببه ومنشؤه ظهور عيب بالمبيع.
ومعناه في الاصطلاح ثبوت حق فسخ البيع، وإمضائه بظهور عيب بالمبيع كان عند البائع، ولم يعلم به المشتري وقت البيع. والكتاب في الغالب قصروا التعريف على المشتري؛ لأن الغالب في العيب أن يكون بالمبيع وكذلك فعلنا وسننهج هذا النهج بالنسبة للأحكام والآثار أيضاً منعاً من تشعب الكلام مع الإعلام بأن كافة الأحكام التي تجري في جانب المشتري إذا ظهر عيب بالمبيع تجري أيضاً إذا ظهر عيب بالثمن في جانب البائع وأن العيب في الثمن كَالعَيْبِ في المبيع سواء بسواء.
وثبوت حق الفسخ للمشتري بسبب العيب أعم من أن يكون دلس به البائع عليه أي: كتمه عنه، أو لم يدلس به بأن كان هو الآخر غير عالم به؛ لأنه إنما شرع دفعاً للضرر عن المشتري، والضرر ثابت في الحالين على السواء. إلا أنه في حال التدليس يكون البائع آثماً ومرتكباً وزراً عظيماً؛ لأن التدليس غِشٌ، وخداع. ومَكْرُ سَيْءٌ، وكل ذلك حرام يَقولُ الرَّسُولُ - ﷺ -: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا» وَيَقُولُ: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ». =

....

= ولكن الحرمة شيء؛ وصحة البيع شيء آخر، فالفقراء كلهم متفقون على صحة بيع المعيب الذي لا يعلم المشتري بعيبه، سواء كان البائع عالماً بالعيب، أو غير عالم به.

أما إذا كان غير عالم به فالأمر ظاهر. وأما إذا كان عالماً به فقاسوه على بيع المصراة، صح بيعها مع التدليس بالتصرية بعض الحديث، وظهور قلة اللبن في موطن ظن كثرته، إن لم يكن عيباً فهو قريب منه وأيضاً قول الرسول (ﷺ): «البَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما» ـ دال على الصحة، حيث سمى البيع مع الكتمان بيعاً وهو دليل الصحة، إلا أنه ممحوق البركة وهو دليل الحرمة منه، ثم النهي مع ذلك راجع إلى معنى في العاقد خاصة هو غشة وتدليسه، لا إلى معنى في العقد، أو المعقود عليه، حتى يكون البيعُ فاسداً.

وللمشتري الخيار مع ذلك، قياساً على بيع المصراة؛ حيث: ثبت للمشتري حق فسخ البيع بالتصرية؛ ليدفع عن نفسه الغبن، بل الخيار يثبت للمشتري هنا من باب أولى؛ لأن التصرية ليست بعيب، أعني: قلة اللبن، بل من باب فوت كمال مظنونه ـ وأيضاً فقد روى أبو داود بسنده إلى عائشة (رضي الله عنها): «أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصة إلى النبي (ﷺ) فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استغل غلامي، فقال رسول الله (ﷺ) ـ الخَرَاجُ بالضمان ـ» وهو نص في المطلوب؛ ولأن مقتضى العقد هو السلامة؛ لأنها الأصل في المبيع، والعيب طارئ عليه، والعقد عند الإطلاق ينصرف إلى ما هو الأصل أو الشأن في المبيع، سيما وقد تأيد هذا الأصل بالعرف، فالناس في بياعاتهم على أن المبيع يجب أن يكون خالياً من كل عيب ينقص القيمة، أو يحدث خللاً بأوجه النفع منه، فالمشتري حين دخل في البيع دخل على هذا الأساس، فلو ألزمناه البيع مع ظهور عدم تحقق هذا الأساس ـ لكان إلزاماً له بغير ما رضي به في حقيقة الأمر.

ويدل على أن الأصل في المبيع هو السلامةُ من العيوب ـ ما روي عن العداء بن خالد بن هوذة ـ وهو صحابي أسلم بعد حنين ـ قال: كتب لي رسول الله (ﷺ)، كتاباً: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله (ﷺ)، اشترى من عبدة أو أمة، لا داء، ولا غائلة، ولا خبثة، بيع المسلم المسلم» والداء هو العلة، والغائلة من الاغتيال، وهو الاحتيال على العاقد: من حيث لا يشعر؛ ليبتز منه ماله بالباطل، والخبثة من الخبث ضد الطيب وهو الحرام؛ كما أن الطيب هو الحلالُ. دل قوله (عليه الصلاة والسلام): «بيع المسلم المسلم» على أن شأنَ بيوع المسلمين ما خلت عن العيوب المذكورة. والمرادُ من قوله: لا داء، أي: يجهله المشتري بخلاف ما لو علمه، فإنه من البيع الحلال.

ثم الخيار بين رد المبيع واسترداد الثمن إن كان قد دفعه، وبين إمساكه بدون أرض العيب، وهذا عند الشافعية، والحنفية، والظاهرية، والمالكية، إلا أن عند الأخيرين إذا كان العيبُ يسيراً لا ينقص من الثمن إلا قليلاً، وكان في الدور والعقار ـ فليس للمشتري في هذه الحالة إلا حق المطالبة بأرسن العيب، مع إمساك المبيع؛ لأن موضوع العقد مما يراد للقنية في العادة، فلا يفسخ العقد فيه من أجل هذا النقص اليسير.

وعند الحنابلة مخير بين هذين، وبين إمساكه مع أرسن العيب أيضاً.

وهذا كله إذا لم يتعذر الرد، فأما إن تعذر فله أخذ الأرسن باتفاق، تعويضاً عما فوته عليه العيب من حقه في سلامة المبيع. =

وفي بيان صفة الحكم.

وفي بيان تفسير العيب الذي يوجب الخِيَار وتفصيل المفسَّر.

وفي بيان شرائط ثبوت الخِيَار.

وفي طريق إثبات العيب.

وفي بيان كيفية الرد والفَسْخ بالعيب بعد ثبوته.

وفي بيان من تلزمه الخصومة في العيب ومَنْ لا تلزمه.

وفي بيان ما يَمْنَع الرد بالعيب.

= وجه مذهب الجمهور ـ هو قياس العيب على التصرية، فكما أنه ليس للمشتري في المصَّراة إلا الإمساك بالثمن، أو الرد ـ فكذلك ليس له في العيب إلا الخيرة بين هذين، وأيضاً البائع لم يرض بخروج المبيع عند ملكه إلا بالثمن الذي أخذه فيه، فلو أجيز للمشتري الإمساك مع المطالبة بالأرسن ـ انقض الثمن عما رضيه البائع.

ومع ذلك، فضرر المشتري يزول بالرد، فلا يمكن من الإمساك مع الأرسن؛ لأن فيه إضراراً بالبائع، وقد أمكن رفع الضرر عنه بدون ما إضرار بالبائع؛ فلا يصار إلى الحالة الضارة مع إمكان غيرها، فالرسول (عليه الصلاة والسلام) يقول: «لا ضرر ولا ضرار». ولأنه بظهور العيب يتبين أن رضا المشتري بالبيع لم يكن قائماً على أساس صحيح، فيمكن من الرضا من جديد بإعطائه الخيار في البيع، والنتيجة المنطقية لهذا أن يمسك الثمن المتفق عليه، أو يرد المبيع إن شاء كحاله في ابتداء البيع. ولأن العيب فوت وصف هو السلامة، والأوصاف كما يقول الحنفية لا يقابلها شيء من الثمن؛ لكونها لم تقصد إلا تبعاً لقصد العين، فلا تزاحمها في تقسيط الثمن.

ووجه مذهب الحنابلة ـ هو أن المبيع بظهور تعيبه قد نقص عن الثمن الذي قدره له المشتري، وارتضاه به؛ فوجب أن يعوض عنه إن اختار إمساك المبيع طالباً تعويضه، والبائع إما أن يكون عالماً بالعيب حين البيع، فيكون هو المقصر بتدليسه على المشتري، وإما ألا يكون عالماً، فيكون الثمن الذي قبضه في مقابل السليم في ظنه كذلك، لا في مقابل المعيب، والوفاء بالعقود مطلوب شرعاً، وقد أمكن الوفاء بالبيع على هذا الوجه بدون ما كبير ضرر على البائع. ولأن العيب عبارة عن فوات جزء من المبيع ـ فكان للمشتري حق المطالبة بأرشه؛ كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة؛ حيث يكون له حق المطالبة بقيمة القفيز العاشر.

والتعويض الذي يستحقه المشتري من جراء العيب. وهو المسمى بالأرسن ـ جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة ما نقص العيب من القيمة. فإذا كانت قيمةُ السِّلعة مائة، واشتراها بثمانين، فظهرت معيبة بعيب ما، فإنها تقوم معيبة بهذا العيب، فإذا قومت بخمس وسبعين فقد نقص العيب من قيمتها الربع، فينقص من الثمن كذلك، ويعطاه المشتري وهو عشرون، ويصير كأنه اشتراها بستين.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثُبُوته ويلزم البيع.

وفي بَيَان ما يَمْنَع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع.

وفي بيان طريق الرجوع.

أما حكمه: فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال؛ لأن ركْن البيع مطلق عن الشرط، والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السَّبب ولا شرط الحكم، وأثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم، بخِلاَف البَيْع بشرط الخيار؛ لأن الشرط المنصوص عليه هناك دَخَل على السَّبب، فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار.

وأما صفته: فهي أنه ملك غير لازم؛ لأن السَّلامة شرط في العَقْد دلالة، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه.

والدَّليل على أن السلامة مشروطة في العَقْد دلالة ـ أن السَّلامة في البيع مطْلوبةٌ المشتري عادة إلى آخره؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتَكَامل انتفاعه إلا بقيد السلامة؛ ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السَّلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصًّا، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار؛ كما إذا اشترى جاريةً على أنها بكر أو على أنها طبَّاخة، فلم يجدها كذلك.

وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً؛ لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المسَاوَاة في مقابلة/ البدل بالمُبْدل، والسلامة بالسلامة، فكان إطلاق العَقْد مقتضياً للسلامة، فإذا لَمْ يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار؛ لأن المشْتَري يطالبه بتَسْليم قدر الفائت بالعَيْب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه فيثبت الخيار؛ ولأن السَّلامة لما كانت مرغوبة المشتَرِي ولم يحصل، فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخِيَار، لأن الرضا شرط صحة البيع، قال الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتاً للحكم على قدر الدَّليل.

٣/ ١٤٤ب

والأصل في شرعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنِ اشْتَرَىٰ شَاةً مُحَفَّلَةً، فَوَجَدَهَا مُصَرَّاةً، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ**»(١) وفي رواية: «**فَهُوَ بِأَحَد النَّظَرَيْنِ إِلَىٰ**

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨) كتاب البيوع: باب حكم بيع المصراة حديث (٢٦/ ١٢٥٤) وعبد الرزاق (٨/ ١٩٧) رقم (١٤٨٥٨) والحميدي (٢/ ٤٤٦) رقم (١٠٢٩) وأحمد (٢/ ٢٤٨) والنسائي (٧/ ٢٥٤) كتاب البيوع: باب النهي عن المصراة وأبو داود (٣/ ٧٢٧) كتاب البيوع والإجارات: باب من اشترى مصراة =

ثلاثَةِ [أيام][١] **إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وإِنْ شَاءَ رَدَّ وَرَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرِ»**[٢] والنظران المذكوران هما نظر الإمْسَاك والرد، وذِكْر الثلاث في الحديث ليس للتَّوقيت؛ لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد؛ لأن المشْتَري إن كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدَّة عادة، فيرضى به فيمسكه، أو لا يَرْضَى به فيرده، والصاع من التمر كأنه قيمة اللَّبن الذي حلبه المشتري، علمه رسول الله ﷺ بطريق المشاهدة والله عز وجل أعلم.

وأما تفسير العيب الذي يوجب الخِيَار وتفصيل المفسّر[٣]، فكل ما يوجب نقصان الثمن

= فكرهها حديث (٣٤٤٤) والترمذي (٣/ ٥٥٣ ـ ٥٥٤) كتاب البيوع: باب ما جاء في المصراة حديث (١٢٥٤) وابن ماجه (٢/ ٧٥٣) كتاب التجارات: باب بيع المصراة حديث (٢٢٣٩) وابن الجارود (٥٦٥، ٥٦٦) وأبو يعلى(١٠/ ٤٣٥) رقم (٦٠٤٩) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٩) باب بيع المصراة والبيهقي (٥/ ٣١٨) كتاب البيوع: باب الحكم فيمن اشترى مصراة، كلهم من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أن يمسكها أمسكها وإن شاء أن يردها ردها ومعها صاع من تمر لا سمراء.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأخرجه مالك (٢/ ٦٨٣ ـ ٦٨٤) كتاب البيوع: باب ما ينهي عن المساومة والمبايعة حديث (٩٦) والبخاري (٤/ ٤٢٣) كتاب البيوع: باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل حديث (٢١٥٠) وأحمد (٢/ ٢٤٢) والحميدي (٢/ ٤٤٦) رقم (١٠٢٨) وأبو داود (٣/ ٧٢١٨) كتاب البيوع: باب من اشترى مصراة فكرهها حديث (٣٤٤٣) والنسائي (٧/ ٢٥٣) كتاب البيوع: باب النهي عن المصراة والبيهقي (٥/ ٣٤٦) كتاب البيوع: باب لا يبع حاضر لباد، كلهم من طريق أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة.

وأخرجه أبو داود الطيالسي (١/ ٢٦٧ ـ منحة) رقم (١٣٤٤) وأحمد (٢/ ٣٨٦، ٤٠٦، ٤٦٩، ٤٨١) والترمذي (٣/ ٥٥٣) كتاب البيوع: باب ما جاء في المصراة، حديث (١٢٥١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٧) من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن زياد عن أبي هريرة به.

(١) سقط في ط.

(٢) انظر الحديث السابق.

(٣) **والعيب** الذي يرد به المبيع فسره الشافعية: بما ينقص القيمة، أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح.

وفسره المالكية: بما ينقص الثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو تخاف عاقبته كجذام الأبوين، وهو قريب من مذهب الشافعية؛ لأن كل ما ينقص القيمة ينقص الثمن عند المشتري، وكل ما ينقص التصرف، أو تخاف عاقبته ينقص القيمة في العادة وَفَسّره الحنفية، والحنابلة، والظاهرية: بما ينقص الثمن في عرف التجار.

وسواء أكان نقص الثمن كبيراً أو يسيراً لا يفرق الفقهاء بين هذا اللَّهُمَّ إلا الظاهرية شرطوا أن يكون نقصه بما لا يتغابن به التجار في العادة، ومن هذا يتضح أن نقص القيمة محل وفاق بين المذاهب غاية الأمر شرط الظاهرية أن يكون النقص جسيماً لا يسيراً، وأما نقص العين، وإن لم ينقص القيمة ما دام يفوت به غرض صحيح، فهو مما انفرد به الشافعية، والمالكية، وقد اختلفت المذاهب كثيراً في التطبيق تبعاً لاختلاف وجهة النظر في تفسير العيب، وللعرف السَّاري في العصور الذي وضعت فيه هذه المسائل =

....

= المختلفة عليها؛ لأن المرجع فيها أولاً وأخيراً إلى العرف، وما دام العرف هو الحكم فلنترك الخوض فيها تاركين الأمر لعرف التجار وأرباب البياعات.

والفسخ بالعيب هل هو فور الاطلاع على العيب، أم أنه يمتد حتى يوجد دليل الرضا بالبيع؟

مذهب الشافعية: أن الرد بالعيب على الفور، فليبادر المشتري بالرد على العادة، فلو كان يأكل فعلم بالعيب، فهو ممهل، حتى يفرغ منه، أو كان في صلاة، فحتى يتمها، وإن علم ليلاً وشق عليه الرد فيه، فحتى يصبح، فالمراد من الفورية عندهم هو المبادرة بالرد على العادة بحيث لا يعذر إذا تأخر، فلو أراد أن يرفع الأمر إلى القاضي، فعليه أن يشهد على أنه يريد الفسخ، ولا يكتفي بمجرد إبداء رغبته في إنهاء الأمر إلى القاضي.

وإنما ذهبوا هذا المذهب؛ لأن الأصل في البيع هو اللزوم، وجواز الفسخ عارض له للحاجة، فيتقدر بقدرها، وهي تندفع بمضي وقت يتمكن فيه من الفسخ، فإذا لم يفسخ لزمه البيع؛ لأن عدم الفسخ حينئذ دليل الرغبة في إمساك المبيع؛ ولأن خيار العيب ثبت بالشرع؛ لدفع الضرر عن المال، فكان فورياً كخيار الأخذ بالشفعة، فإنه إن لم يطالب بها عقب علمه بالبيع سقط حقه.

ومذهب المالكية: أن السكوت لعذر لا يمنع من الرد مطلقاً ولغيره إن كان أقل من يوم رد بلا يمين، وإن كان يوماً أو يومين رد مع يمينه أنه ما رضي البيع في هذه المدة فإنه كان أكثر من ذلك، فلا رد له؛ لأن في العادة لا يؤخر مثل هذا الزمن إلا وقد رضي البيع، فلا تسمع منه دعوى عدم الرضا فيما بعد، لأن الظاهرية يكذبه.

ومذهب الحنفية، والحنابلة على الصحيح عندهم: أن الفسخ بالعيب يستمر حقاً للمشتري من وقت العلم بالعيب إلى أن يرضى بالبيع صراحة كرضيت البيع، أو دلالة لبسه الثوب المبيع؛ لأن خيار شرع؛ لدفع ضرر محقق عمن شرع له، فكان على التراضي كخيار القصاص لولي القتيل الخيار بينه وبين الدية، أو العفو على سبيل التراخي.

ومذهب الظاهرية قريب من مذهب الحنفية، بل هو في الواقع أوسع منه؛ لأن استخدام المبيع، أو التصرف فيه بما لا يخرجه عن ملكه لا يمنع من الرد على البائع عندهم؛ لأن التصرف كما يزعم ابن حزم لا يدل على الرضا، وإنما الذي يدل عليه صريح القول.

ومن هذا يظهر أن الشافعية غلبوا جانب البائع، فحظروا على المشتري التأخير في الرد؛ لأن فيه إضراراً به، وقد يكون مع هذا حسن النية حين البيع، وأن الحنفية، ومن حذا حذوهم غلبوا جانب المشتري، فوسعوا عليه؛ لأنه المظلوم.

وأما المالكية: فقد التزموا خطة وسطى، فرأوا في الإلزام بالمبادرة إجحافاً بحق المشتري، وفي الإمهال بدون توقيت إضراراً بالبائع، فضربوا للرد مهلة يسيرة يوماً أو يومين، فإن لم يرد فيها بِطَلَ حقه في الرد، وألزم بالبيع بالثمن المتفق عليه، وهذا مذهب معقول معتدل.

هذا والاتفاق حاصل على أنه في أي وَقتٍ ظهر العيب جاز للمشتري الرد، أعني: أن الفقهاء لم يحذوا ما بين العقد، وبين ظهور العيب بوقت معلوم لا يجوز للمشتري الرد بعده، فله الرد، ولو ظهر العيب بعد سنة من تاريخ التعاقد ما دام لم توجد منه أو عنده حالة تمنع الرد شرعاً.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً، فهو عيب يوجب الخِيَر، وما لا فلا نحو العَمَى والعَوَر والحول والقبل، وهو نوع من الحَوْل مصدر الأقبل، وهو الذي كأنه ينْظُر إلى طرق أنفه والسبل وهو زيادة في الأجفان، والعشا مصدر الأعْشَى وهو الذي لا يبصر بالليل، والخوص مصدر الأخوص وهو غائر العَيْن، والحوص مصدر الأحوص وهو الضّيق مؤخّر العين، والغَرَب[1] وهو وَرَم في الآماق، وهي أطراف العين التي تلي الأنف.

وقيل هو درور الدمع دائماً والظَّفَرَةُ[2] وهي التي يقال لها بالفارسية: ناخنه، والشتر، وهو انقلاب جفن العين والبرص والقرع والسّلع والشلل والزَّمَانَة[3] والفدع[4] وهو اعوجاجٌ في الرسغ من اليد أو الرّجل والفجج مصدر الأفجج، وهو الذي يتدانى عقباه وينكشف ساقاه في المَشْي.

والصكك مصدر الأصكّ، وهو الذي يصكك ركبتاه، والحنف مصدر الأحنف وهو الذي أقبلت إحدى إبْهَام رجليه على الأخرى، والبزي مصدر الأبزى وهو خروج الصدق.

والعَسِر مصدر الأعسر وهو الذي يعمل بشماله، والأصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية[5] والسوداء والناقصة والظفر الأسود، والبخر وهو نتن الفم في الجواري لا في العبيد إلا أن يكون فاحشاً؛ لأنه حينئذ يكون عن داءٍ، والزفر وهو نتن الإبط في الجارية لا في الغلام إلا أن يفْحش فيكون عيباً فيهما جميعاً والآدر مصدر الأدرة وهو الذي به أدرة، يقال لها بالفارسية: فتح.

والرتق وهو انسداد فرج الجَارِية، والفتق وهو انتفاح فرجها، والقرن وهو في النساء كالأدْرَةِ[6] في الرجال والشَمط[7] والشَّيب في الجوارِي والعَبِيد، والسلول[8] والقروح والشجاج والأمراض كلها.

والحبل في الجواري لا في البهائم، لأنه زيادة في البَهِيمة، وحذف الحُروف في

---

(١) وفي المعجم الوسيط الغَرَبُ: داء يصيب الشاة يتساقط منه شعر خطمها وعينيها. (غرب)

(٢) الظَّفَرَةُ: جليدة تغشى العين من الجانب الذي يلي الأنف. المعجم الوسيط (ظفر)

(٣) الزَّمَانَةُ: مَرَضٌ يدوم.

(٤) الفَدَعُ: عوج في المفاصل كأنها قد فارقت مواضعها؛ وأكثر ما يكون في رسغ اليد أو القدم. المعجم الوسيط (فدع)

(٥) السن الشاغية: التي زادت على سائر الأسنان، أو خالف منبتها منبت غيرها. المعجم الوسيط (شغى)

(٦) الأُدْرَةُ: انتفاخ الخُصْية؛ لتسرب سائل فيها. المعجم الوسيط (أدر).

(٧) الشمط: اختلاط بياض الشعر بسواده. المعجم الوسيط (شمط)

(٨) السلول: مرض يصيب الرئة يهزل صاحبه ويضنيه ويقتله. المعجم الوسيط (سلل).

المصحف الكريم أو في بعضه، والزنا في الجارية لا في الغُلاَم؛ لأنه يفسد الفراش، وقد يقصد الفراش في الإماء بخلاف الغُلاَم إلا إذا فحش وصار اتباع النساء عادة له، فيكون عيباً فيه أيضاً؛ لأنه يوجِبُ تعطيل منافعه على المَوْلى، وكذا إذا ظَهر وجُوب الحد عليه فهو عيب.

وقال بعض مشَايخِنا ببلخ: الزنا يكون عيباً في الغُلاَم أيضاً؛ لأنه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم، وهذا ليس بسديدٍ؛ لأن الغلام الكبير لا يشتري للاستخدام في البيت، بل للأعمال الخَارِجة وكون/ المشتري ولد الزنا في الجارية لا في العبيد؛ لما ذَكَرْنا أنه قد يقصد الفراش من الجواري، فإذا جاءت بولد يعين ولده بأمه؛ بخلاف الغُلاَم؛ لأنه يشتري للخِدْمة عادة، والكفر في الجارية والغلام عيب، لأن الطبع السليم ينفر عن صُحْبة الكافر. ٣/ ١٤٥أ

وأما الإسلام فليس بعيب بأن اشْتَرى نصراني عبداً فوجده مسلماً؛ لأن الإسلام زيادة، والنكاح في الجارية والغلام؛ لأنه منافع البضع مَمْلُوكة للزوج والعبد يباع في المهر والنفقة. فيوجب ذلك نقصاناً في ثمنهما، والعدة من طلاق رجعي لا من طَلاَق بائن أو ثلاث؛ لأن الرَّجعي لا يوجب زوال الملك، بخلاف البَائِن والثلاث، واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة شهران فصاعداً والاستحاضة؛ لأن ارتفاع الحيض في أوانه لا يكون إلا لداء عادة.

وكذا استمرار الدم في أيام الطُهر، والإحرام في الجارية ليس بعيب، لأن المشتري يملك إزالته؛ فإن له أن يحللها والحرمة بالرضاع أو الصّهرية ليس بعيب فيها؛ لأن الجواري لا يشترين للاستمتاع عادةً بل للاستخدام في البَيْت، وهذه الحرمة لا تقدح في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيباً، وإن لم يثبت به إلا حرمة الاستمتاع؛ لأن يخل بالاستخدام.

والنيابة في الجارية ليس بعيب إلا أن يكون اشْتَراها على شرط البَكَارة، فيردها بعد الشرط والدين والجناية؛ لأنه يدفع بالجناية ويباع بالدّين، والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب؛ لأنه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها، فانعدامه لا يكون عيباً إلا أن يكون ذلك مشروطاً في العقد، فيردها لفوات الشَّرْط لا للعيب.

ولو كانت تحسن الطبخ والخبز في يد البَائِع ثم نسيت في يده، فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ـ ردَّها، وإن لم يكن ذلك مشْرُوطاً في العقد؛ لأنها إذا كانت تحسن ذلك في يد البائع وهي صفة مرغوبة تُشْتَرى لها الجارية عادة، فالظاهر أنه إنما اشتراها رغبة فيها، فصارت مشْرُوطة دلالة فيردها؛ لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصاً، وانعدام الختان في الغُلاَم والجَارِية إذا كانا مولودين كبيرين؛ فإن كانا مولودَيْن صغيرين فَلَيْس بعيب؛ لأن الختان في حالة الكبر فيه زيادة ألم.

وهذا الذي ذكر في الجارية في عرف بلادهم[1]؛ لأنهم يختنون الجَوَاري، فأما في عرف ديارنا فالجارية لا تختن، فعدم الخِتَان فيها لا يكون عيباً أصلاً.

---

(١) في أ: ديارهم.

وإن كان الغلام كبيراً حربيًا لا يكون عيباً؛ لأن فيه ضَرُورة؛ لأن أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا خِتَان[١] لهم، فلو جعل ذلك عيباً يرد به لضاق الأمر على الناس، ولأن الخِتَان إذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعادتهم، ومع ذلك اشْتَراه ـ كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون؛ لأن كل واحد منها يوجب النقصان في الثمن في عادة التجار نُقصاناً فاحشاً، فكان عيباً إلا أنه هل يشْتَرط في هذه العيوب الأربعة اتحاد الحالة، وهل يشترط ثُبوتها عند المشتري بالحجَّة لثبوت حق الرد؟ فسنذكره في موضِعِه إن شاء الله تعالى.

والحنف مصدر الأحنف من الخيل؛ وهو الذي إحدى عينيه رَزْقَاء والأخرى كحلاء، والصدف مصدر الأصْدَف، وهو الدَّابة التي يتدانى فَخْذَاها ويتباعد حافراها ويلتوي رُسْغَاها.

والعزل مصدر الأعزل وهو من الدَّواب الذي يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقة، والمشش[٢] وهو ارتفاع العظم لآفة أصابته، والجرد مصدر الأجرد وهو من الإبل الذي أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو ينقصها إذا سار، والحران والحرون مصدر الحرون، وهو الذي يقف ولا ينقاد للسائق ولا للقائد.

والجماح والجموح مصدر الجموح؛ وهو أن يشتد الفرس فيغلب راكبه، وخلع الرسن ظاهر، وبل المخلاة كذلك/ والهشم في الأواني والصّدع في الحوائط والجدع ونحوها من العيوب، فأنواع العُيُوب فيها كثيرة لا وجهَ لذكرها هٰهنا كلها، والتعويل في الباب على عرف التجار، فما نقص الثمن في عرفهم فهو عَيْب يوجب الخيار، وما لا فلا، والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٤٥ب

وأما شرائط ثبوت الخيار، فمنها ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم[٣]، حتى لو

---

(١) في أ: خيار.

(٢) المشش: بياض يعتري الإبل في عيونها، أو شيء يبرز في وظيف الدابة يشتد دون اشتداد العظم. المعجم الوسيط (مشش)

(٣) **ويشترط** في العيب الذي يرد به المبيع ـ أولاً ـ أن يكون قديماً موجوداً بالمبيع، وهو بيد البائع سواء كان موجوداً به قبل العقد، أو حدث بعده، وقبل القبض لكون المبيع حينئذ من ضمان البائع، بخلاف ما لو حدث بعد القبض لكونه حينئذ من ضمان المشتري، نعم إن استند العيب الحادث عند المشتري إلى سبب متقدم والمبيع بيد البائع كقطع يده عنده لسرقة بيد البائع، كان له الرد؛ لأن هذا العيب لتقدم سببه كالمتقدم، وهذا هو مذهب الشافعية.

وثانياً: ألاّ يكون المشتري عالماً به وقت العقد، أوقت القبض، وَإِلاّ فليس له الخيار لرضاه بالعيب حينئذ.

ثالثاً: ألاّ يكون البائع قد شرط البراءة من كل عيب يوجد به، فإنه شرط بثمانين، فظهرت معيبة بعيب ما، فإنها تقوم معيبة بهذا العيب، فإذا قومت بخمس وسبعين فقد نقص العيب من قيمتها الربع، فينقص من الثمن كذلك، ويعطاه المشتري. وهو عشرون، ويصير كأنه اشتراها بستين.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار؛ لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة، وقدحصلت السلعة سليمة في يد المشتري.

ومنها ثبوته عند المشتري بعد ما قَبَض المبيع، ولا يكتفي بالثبوت عند البائع، لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عَامَّة المشايخ، وقال بعضهم: فيما سوى العيوب الأربعة من الأباق والسرقة والبول في الفِرَاش والجنون فكذلك، فأما في العيوب الأربعة فثبوتها عند المشتَري ليس بشرط، بل الثُبوت عند البائع كاف، وبعضهم فصل في العُيُوب الأربعة فقَال: لا يشترط في الجنون ويشْتَرط في غيره من العُيُوب الثلاثة.

وجه قول من فصل هذه العيوب الأربعة من سائرها في اعتبار هذا الشَّرط أن هذه العيوب عيوب لازمة لا زوالَ لها إذا ثبتت في شَخْص إلى أن يموت، فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشْتَرِي، فكان له حق الردّ من غير أن يظهر عنده بخلاف سائر العيوب، فإنها لَيْسَت بلازمةٍ.

وجه قول من فرق بين الجنون وغيره من الأنواع الثلاثة: أن الجنون لفساد في محلّ العقد وهو الدماغ، وهذا مما لا زَوَال له عادة إذا ثبت؛ ولهذا قال محمد: إن الجنون عيب لازمٌ بخلاف الأباق والبول في الفراش ـ أنها ليست بلازمة، بل تحتمل الزوال لزوال أسبابها.

وجه قول العامة: قول محمد نصًا في «الجامع الصغير»، فإنه ذكر فيه أنه لا يَثْبُت للمشتري حق الرد في هذه العُيُوبِ الأربعة إلا بعد ثُبوتها عنده، فكان المعنى فيه أن الثابت عند البائع محتمل الزَّوال قابل الارتفاع، فأما ما سوى العيوب الأربعة لا شَكَّ فيه.

وكذلك العيوب الأربعة؛ لأن حدوثها في الذات للأسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال، فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال أسبابها، فإن بقيت يثبت حق الرد، وإن ارتفعت لا يثبت فلا يثْبُت حق الرد بالاحْتِمال، فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة.

وقول القائل الجنون إذا ثبت لا يزول عادةً ممنوعٌ، فإن المجنون قد يفيق ويزول جُنُونه بحيث لا يعود إليه، فما لم يوجد عند المشْتَري لا يعلم بقاؤه، كما في الأنواع الأخر، إلا أن الفرق بين الجُنُون وغيره من الأنواع الثلاثة من وجه آخر؛ وهو أن هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد، وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر أو في حالة الكبر، حتى لو أبق أو سرق أو بال في الفراش عند البائع وهو صَغِير عاقل.

ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البُلُوغ لا يثبت له حق الردّ، وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وإنما كان كذلك؛ لأن اخْتِلاف الحَال في العيوب الثَّلاث يوجب اختلاف السببِ،

لأن السَّبب البول على الفراش في حال الصغر هو ضعف في المثانة وفي الكبر هو داء في البَاطِن والسبب في الأباق والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التمييز، وفي الكِبَر الشرارة وخبث الطبيعة، واختلاف السبب يوجب اخْتِلاف الحكم، فكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البائع، فكان عيباً حادثاً وأنه يمنع الردّ بالعيب، بخلاف الجنون؛ لأن سببه في الحالين واحد لا يختلف، وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ، فكان الموجود في حالة الكبر عين الموجود في حالة الصغر، وهذا - والله عز وجل أعلم - معنى قول محمد في الكتاب الجُنون عيب لازم أبداً، لا ما قاله أولئك، والله عز وجل الموفق.

ومنها عقل الصبي في الأباق والسَّرقة والبول على الفراش، حتى لو أبق أو سرق أو بال على الفراش في يد/ البَائِع، وهو صغير لا يعقل، ثم كان ذلك في يد المشْتَري، وهو كذلك ٣/١٤٦أ لا يثبت له حق الردّ، وهذا إذا فعل ذلك في يد البائع وهو صَغِير لا يعقل، ثم وجد ذلك في يد المشتري بعد ما عقل؛ لأن الموجود في يد البائع ليس بعيب، ولا بد من وُجُود العَيْب في يده.

ومنها اتحاد الحال في العيوب الثلاثة، فإن اختلاف لم يثْبُت حق الرد؛ بأن أبق أو سرق أو بال على الفراش في يَدِ البَائع وهو صغير عاقل، ثم كان ذلك في يد المشْتَرِي بعد البلوغ؛ لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب على ما بينا، واختلاف سَبَب العيب يوجِبُ اختلاف العيب، فكان الموجود بعد البلوغ عيباً حادثاً عند الرد، والله عز وجل أعلم.

ومنها جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض؛ فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأن الإقدام على الشِّراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة؛ وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القَبْض؛ لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فكان العلم عند القبض كالعلم عند العَقْد.

ومنها عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع عِنْدَنا، حتى لو شرط فلا خيار للمشتري، لأن شَرْط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيحٌ، فإذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه، فصحَّ الإسقاط فيسقط ضرورة، ثم الكلام في البيع بِشَرط البراءة في الأصل في موضعين:

أحدهما: في جَوَازه.

والثاني: في بيان مَا يَدخل تحت البَرَاءة في العَيْب.

أما الكلام في جوازه: فقد مرَّ في موضعه وإنما الحَاجَة هٰهنا إلى بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب، فنقول وبالله التوفيق: البَرَاءة لا تخلو إما أن كانت عامة؛ بأن قال: بعت على أني بريء من العيوب، أو قال: من كُلِّ عَيْب؛ وإما أن كانت خاصة؛ بأن قال: من عَيْب كذا

وسماه، وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن قيد البراءة بعيب قائم حَالَة العقد، وإما أن أطلقها إطلاقاً، وإما أن أضافها إلى عيب بحدث في المستقبل، فإن قيَّدها بعيب قائم حالة العقد لا يَتَنَاول العيب الحادث بعد البيع قبل القَبْض بلا خلاف، سواء كانت البراءة عامة؛ بأن قال: أبرأتك من كل عيب به أو خاصة؛ بأن قال: أبرأتك مما به من عيب كذا؛ لأن اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصِّفة، وإن أطلقها إطلاقاً دخل فيه القائم، والحادث عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يدخل فيه الحَادِث، وله أن يرده وهو قول زفر.

وجه قول محمد: أن الإبراء عن العيب يقتضي وجُود العيب؛ لأن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند البَيْع، فلا يدخل تحت الإبراء، فلو دخل إنما يدخل بالإضَافة إلى حاله الحدوث، والإبراء لا يحتمل الإضافة؛ لأن فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد؛ ولهذا لم يدْخُل الحادث عند الإضافة إليه نصاً فعند الإطلاق أولى.

وجه قول أبي يوسف: أن لفظ الإبراء يتناول الحَادِث نصاً ودلالة، أما النص فإنه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصَّها بجنس من العُيُوب على الإطلاق نصاً، فتخصيصه أو تقييده بالموجُود عند العَقد لا يجوز إلا بدليل.

وأما الدلالة فهي أن غرض البَائِع من هذا الشَّرط هو انسداد طريق الرد، ولا ينسد إلا بدخول الحادث، فكان داخلاً فيه دلالة.

وأما قول محمد: إن هذا إبراء عما ليس بثابت، فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين: **(أحدهما)**: أن يقال هذا ممنوعٌ، بل هو إبراء عن الثابت. لكن تقديراً وبيانه من وجهين:

أحدهما: أن العيب الحادث قبل القَبْض كالموجود عند العَقْد، ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد، ولما ذكرنا أن للقَبْض حكم العَقْد، فكان هذا إبراء عن حق ثابت تقديراً.

والثاني: أن سبب حق الرد موْجُود وهو البيع؛ لأن البيع يقتضي [وجوب][1] تسليم المعقود عليه سليماً عن العيب، فإذا عجز عن تَسْليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن، فكان وجود تسليم المبيع سبباً لثبوت حق الردّ، والبيع سبب لوجود تسليم المبيع، فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حُكْم البيع السابق، والبيع سبب فكان هذا إبراء عن حق الرد بعد وجود سببه، وسبب الشيء إذا وجد يجعل هو ثابتاً[2] تقديراً لاستحالة خلو الحكم عن

(١) سقط في ط. (٢) في ط: ثبوتاً.

السَّبب، فكان/ إبراء عن الثابت تقديراً؛ ولهذا صح الإبراء عن الجراحة لِكَوْن الجرح سبب السراية، فكان إبراء عما يَحْدث من الجرح تقديراً. ٣/١٤٦ب

وكذا الإبراء عن الأُجرة قبل استيفاء المنفعة يصحُ، وإن كانت الأجرة لا تملك عندنا بنفس العَقْد لما قلنا كذا هذا.

والثاني: أن هذا إبراء عن حق ليس بثابت، لكن بعد وجود سَبَبه وهو البيع وأنه صحيح كالإبراء عن الجرح، والإبراء عن الأُجرة على ما بينا بخلاف الإبراء عن كل حق له ـ أنه لا يتناول الحادث؛ لأن الحادث معْدُوم للحال نفسه وبسببه، فلو انصرف إليه الإبراء لكان ذلك إبراءً عمَّا ليس بثابت أصلاً لا حقيقة ولا تقديراً؛ لانعدام سبب الحق فلم ينْصَرف إليه.

وقوله: لو تناول الحادث، لكان هذا تعليق البراءة بشَرْط أو الإضافة إلى وقت ممنوع، بل هذا إبراء عن حق ثابت وقت الإبراء تقديراً لما بينا من الوَجْهين، فلم يكن هذا تعليقاً ولا إضافة، فيصحُ والله عز وجل أعلم.

وإن أضافها إلى عيب حادث بأن قال: على أني بريء من كل عَيْب يحدث بعد البيع ـ فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا؛ لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة؛ لأنه وإن كان إسقاطاً ففيه معنى التمليك؛ ولهذا لا يحْتَمل الارتداد بالرد، ولا يحتمل الإضافة إلى زمان في المستقبل نصاً، كما لا يحتمل التعليق بالشرط، فكان هذا بيعاً أدخل فيه شرطاً فاسداً، فيوجب فساد البيع.

ولو اختلفا في عيب فقال البائع: هو كان موجوداً عند العقد، فدخل تحت البراءة، وقال المشتري: بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة، فإن كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرَّع على قول أبي يوسف؛ لأن العَيْب الحادث داخل تحت البراءة المطْلَقة عنده، فأما على قول محمد فالقول قول البَائِع مع يمينه، وقال زفر والحَسَن بن زياد: القول قول المشتري. ٣/١٤٧أ

وجه قولهما: أن المشْتَري هو المبري؛ لأن البراءة تُسْتَفاد من قبله، فكان القول فيما أبرأ قوله.

وجه قول محمد: أن البَرَاءة عامة، والمشْتَرِي يدعي حق الردّ بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبَائِع ينكر، فكان القول قوله كما لو أبرأ عن الدعاوى كلها، ثم ادعى شيئاً مما في يدِه وهو ينْكر ـ كان القول قوله دون المشْتَرِي، لما قلنا كذا هذا.

ولو كانت مقيدة بعيب يكون عند العَقْد، فاختلف البائع والمشتري على نحو ما ذكرنا ـ فالقول قول المشْتَرِي؛ لأن البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول إلا الموجود حالة العقد، والمشتري يدعي العيب لأقرب الوَقْتين، والبائع يدعيه لا بعدهما، فكان الظَّاهر شاهداً

للمشْتَري؛ وهذا لأن عدم العيب أصل والوجود عارض، فكان إحالة الموجود إلى أقرب الوقتين أقرب إلى الأصل والمشتري يدعي ذلك، فكان القول قوله.

ولو اشترى عبداً وقبضه فساومه رجل، فقال المشْتَري: اشتراه فإنه لا عيب به، ثم لم يتفق البيع بينهما، ثم وجد المشتري به عيباً، وأقام البيّنة على أن هذا العيب كان عند البائع، فقال له البائع: إنك أقررت أنه لا عيب به فقد أكذَبْتَ شهودك، لا يبطل بهذا الكلام حقه في الردّ بالعَيْب، وله أن يرده؛ لأن مثل هذا الكَلاَم في المتعارف لا يراد به حقيقة، وإنما يذكر لترويج السِّلعة؛ ولأن ظاهره كذب؛ لأنه نفي عنه العيوب كلها والآدمي لا يخلو عن عيب، فالتَحَق بالعدم وصَار كأنه لم يتكلم به.

ولو عين نوعاً من العيوب؛ بأن قال: اشتراه - فإنه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيباً وأراد الردّ؛ فإن كان ذلك نوعاً آخر سوى النوع الذي عينه له أن يرده؛ لأنه لا إقرار منه بهذا النَّوع، وإن كان من النَّوع الذي عين ينظر إن كان مما يحدث مثله في مثل تلك المدّة ليس له حق الرد؛ لأن مثل هذا الكلام يراد به التحقيق في المتعَارف لا تَرْويج السلعة فصار مناقضاً؛ ولأن الآدمي [لا][1] يخلو عن عيب معيّن فلم يتعين بكَذِبه.

وإن كان مما لا يحدث مثله في مثل تلك المدَّة له حق الرد؛ لأنا تيقنَّا بكذبه حقيقة، فالتحق كلامه بالعدم.

٣/١٤٧ب ولو أبرأه عن عيب واحد شجة أو جرح فوجد شجَّين أو/ جرحين - فعلى قول أبي يوسف: الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء، وعلى قول محمد: الخيار للمشتري يرد أيهما شاء، وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر عند امْتِناع الرد باعتراضِ أسباب الامتناع من هلاك المبيع، أو حدوث عَيْب آخر في يدي المشتري أو غير ذلك من الأَسْباب المانعة من الرد، وأراد الرُّجوع بنقصان العيب، فأما عند إمكان الرد، فلا تظْهر فائدة في هذا الاخْتِلاف.

وجه قول محمد: أن الإبراء يُسْتفاد من قبل المشْتَري والاحتمال[2] جاء من قبله حيث أطلق البراءة إلى شجة واحدة غير عين، وإذا كان الإجْمَال منه كان البيان إليه.

وجه قول أبي يوسف: أن الإبراء وإن كان من المشْتَري لكن منفعة الإبراء عائدة إلى البائع، فصار كأن المشْتَري فوض التعيين إليه فَكَان الخيار له.

ولو أبرأه من كل داء، روى الحَسَن عن أبي حنيفة: أنه يقع عن الباطن، لأن الظاهر يسمى مرضاً لا داء.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: والإجمال.

وروي عن أبي يوسف: أنه يقع عن الظاهر والباطن جميعاً؛ لأن الكل داء، ولو أبرأه من كل غائلة فهي على السرقة والأباق والفُجور، وكل ما كان من فعل الإنسان مما يعده التجار عيباً.

كذا روي عن أبي يوسف؛ لأن الغائلة هي الخيانة[١] وهي التي تكتب في عهدة المماليك لا داء ولا غائلة، على ما كتب رسول الله - ﷺ - حينما اشترى عبداً أو أمة، وهذا ما اشترى محمَّد رسول الله - ﷺ - من العداء بن خالد بن هوذة عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم من المسلم، والله عزَّ وجل أعلم.

وأما طريق إثبات العَيْب فلا يمكن الوُصُول إلى [معرفته إلا بعد][٢] معرفة أقسام العيوب؛ لأن طريق إثبات العَيْب يختلف باختلاف العيب، فنقول وبالله التوفيق.

العيب لا يخلو إما أن يكون ظاهراً شاهداً يقف عليه كل أحد؛ كالأصبع الزائدة والناقصة والسن الشَّاغية والساقطة وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها، وإما أن يكون باطناً خفياً لا يقف عليه إلا الخواص من الناس وهم الأطباء والبياطرة.

وإما أن يكون مما لا يقف عليه إلا النساء؛ بأن كان على فرج الجارية أو مواضع العَوْرة منها، وإما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بأن كان داخل الفرج، وإما أن يكون مما لا يَقِف عليه إلا الجارية المشْتَراة؛ كارتفاع الحيض والاستحاضة، وإما أن يكون مما لا يوقف عليه إلا بالتَّجربة والامتحان عند الخصومة؛ كالأباق والسرقة والبول على الفراش والجنون، والمشْتَري لا يخلو إما أن يريد إثبات كون العَيْب في يده للحال، وإما أن يريد إثبات كونه في يد البائع عند البيع والقبض.

فإن أراد إثبات كونه للحَال فإن كان يوقف عليه بالحسِّ والعيان؛ فإنه يثبت بنظر القاضي أو أمينه؛ لأن العيان لا يحتاج إلى البيان، وإن كان لا يقف عليه إلا الأطبَّاء والبياطرة، فيثبت لقوله عز وجل: ﴿فَاسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٧] وهم في هذا الباب من أهل الذكر فيسألون.

وهذ يشترط فيه العدد؟ ذكر الكرخي في مختصره أنه يشترط فلا يثبت إلا بقول اثنين منهم من أهل الشهادة، وهكذا ذكر القَاضِي [الإمام][٣] الأسبيجابي[٤] في شرحه مختصر الطحاوي.

---

(١) في ط: الجناية.

(٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ط.

(٤) في أ: الاستيجابي.

وذكر شيخي الإمام الزاهد علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي ـ رحمه الله ـ في بعض مصنفاته: أنه ليس بشرط ويثبُت بقول مسلم عدل منهم، وكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو المُعِين في الجامع الكبير من تصانيفه.

وجه هذا القول: أن هذه الشهادة لا يتَّصل بها القضاء، وإنما تصح بها الخصومة فقط، فلا يشترط فيها العدد؛ وهذا لأن شَرْط العدد في الشَّهادة تثبت تعبدا غير معقول المعنى؛ لأن رجحان جانب الصدق على جانب الكَذِب فيخبر المسلم لا يقف على العدد، بل يثبت بنفس العدالة، إلا أن الشَّرع ورد به تعبداً فيراعي فيه مورد التعبد، وهو شهادة يتَّصل بها القضاء، وهذا شهادة لا يتصل بها القَضَاء فبقيت على أصل القياس.

وحجَّة القول الأول: النصوص المقتضية لاعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذي ذكرناه/ في كتاب الشَّهادات؛ ولأن هذه الشَّهادة وإن كان لا يتصل بها القضاء، لكنها من ضرورات القضاء لا وُجود للقضاء بدونها؛ ألا ترى أنه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشتري، فالقَاضِي لا يقضي بالرد، فكان من ضرورات القضاء، فيشْتَرط فيها العدد كما يشترط في الشهادة [القائمة][1] على إثبات العيب عند البائع. ٣/١٤٨أ

وإن كان مما لا يطلع عليه إلا النِّساء، فالقاضي يريهن ذلك لقول عز وجل: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٧] والنِّساء فيها لا يطلع عليه الرجال أهل الذِّكر، ولا يشترط العدد منهن، بل يكتفي بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط؛ لأن قولهما فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع؛ كشهادة القابلة في النسب، لكن لا بد من العدالة؛ لأن هذا يرجح جانب الصِّدق على جانب الكذب في الخبر، ولا يثبت بقول المشتري، وإن كان يطَّلع عليه؛ لأن النَّظر إلى موضع العيب له؛ لأنه متهم في هذا الباب ولا تهمة فيهن، ورخصة النظر ثابتةٌ لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا في كتاب الاستحسان، فيلحق هذا بما لا يطَّلع عليه [إلا][2] النساء لما قلنا.

وإن كان لا يطلع عليه إلا الجَارِية المشتراه، فلا يثبت بقولها لكونها متَّهمة؛ وإن كان في داخل فرجها، فلا طريق للوقُوف عليه أصلاً، فكان الطَّريق في هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل لَيْس به للحال هذا العيب.

وأما الأباق والسرقة والبول في الفراش والجنون فلا يثبت إلا بشَهَادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن هذا مما لا يوقف عليه إلا بالخبر، ولا ضَرُورة فيه، فلا بد من اعتبار العدد فيه

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

كما في سائر الشهادات، فإن لم يقم للمشتَري حجة على إثبات العيب للحال في هذه العيوب الأربعة، هل يستحلف البائع؟ لم يذكر في الأصل.

وذكر في «الجامع» أنه يستحلف في قول أبي يوسف ومحمد، وسكَتَ عن قول أبي حنيفة عن المشايخ من قال: يسْتَحلف بلا خلاف بينهم، والتنصيص على قولهما لا يدل على أن أبا حنيفة مخالفهما، ومنهم من قال: المسألة على الاخْتِلاف ذكرت في النوادر، وذكر الطَّحاوي أيضاً: أن عند أبي حنيفة لا يسْتَحلف، وعندهما يستحلف.

وجه قولهما: أن المشتري يدعي حق الرد، ولا يمكنه الردّ بإثبات العيب عند نفسه، وطريق الإثْبَات البينة أو نكول البائع، فإذا لم تَقُم له بينة يستحلف لينكل البائع، فيثبت العَيْب عند نفسه؛ ولهذا يستحلف عند عدم البينة على إثبات العيب عند البائع كذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن الاسْتِحْلاَف يكون عقيب الدعوى على البائع، ولا دعوى له على البائع إلا بعد ثبوت العَيْب عند نفسه، ولم يثبت فلم تثبت دعواه على البائع، فلا يستحلف.

وقولهما: له طريق الإثبات وهو النُّكول، قلنا: النكول [يكون][1] بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى [على البائع][2] يمنع الاستحلاف، لأن استِحْلاَف البائع في هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم أن هذا العبد أبق عند المشتري، ولا سَرَق ولا بال على الفراش ولا جُنَّ، ويحلف على البتات؛ لأنه حلف على غير فعله.

ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم؛ لأنه لا علم له بما ليس بفعله، ومن حلف على فعل نفسه، يحلف على البتات أصله خبر المثنوي، فإن حلف لم يثبت العيب عند المشتري، وإن نكل يثبت عنده فيحتاج إلى الإثبات عنده.

وإذا أراد إثبات العيب عند البائع، فينظر إن كان العَيْب مما لا يحتمل الحدوث أصلاً؛ كالأصبع الزائدة ونحوها أو لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدّة كالسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه عند المشْتَري، لأنه إذا لم يحتمل الحدوث أو لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة ـ فقد تيقنا بكونه عند البائع، وإن كان مما يحتمل حدوث مِثْله من مثل تلك المدَّة لا يكتفي بثبوت كونه عند المشتري، بل يحتاج المشتري إلى إثبات كونه عند البَائِع؛ لأنه إذا احتمل حدُوث مِثْله في مثل تلك المدَّة احتلم أنه لم يكن عند البائع، وحدث عند المشْتَري، فلا يثبت حق الرد بالاحتمال، فلا بدَّ من إثباته عند البائع بالبينة، وهي

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

٣/١٤٨ب شهادة رجلين أو رجل/ وامرأتين طبيبتين كانا أو غير طبيبتين، وإنما شرط العدد في هذه الشهادة؛ لأنها شهادة يقضي بها على الخصم، فكان العَدَد فيها شرطاً كسائر الشهادة التي يقضي بها على الخصوم.

وروي عن أبي يوسف: أن فيما لا يطَّلع عليه إلا النِّساء يرد بثبوته عند المشتري، ولا يحتاج إلى الإثبات عند البائع، والمشهور من مذهب أبي يوسف ومحمد ـ رحمهما الله ـ: أنه لا يكتفي الثُبوت عند المشتري، بل لا بدَّ من إثباته عند البائع [بالبينة][1] وهو الصحيح؛ لأن قول النِّساء في هذا الباب حجة ضرورة، والضرورة في القبول في حق ثبوته عند المشتَري؛ لتوجه[2] الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند البائع؛ لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما في حق توجّه الخصومة [لا في][3] حق الرد على البائع، وإذا كان الثُّبوت عند البائع فيما يَحْدُث مثله شرطاً: لثبوت حق الرد فيقول القاضي: هل كان هذا العَيْب عندك؟

فإن قال: نعم رد عليه إلا أن يدَّعي الرضا أو الإبراء، وإن قال: لا، كان القول قوله إلا أن يقيم المشتري البينة؛ لأن المشتَري يدعي عليه حق الرد وهو ينكر، فإن أقام المشتري البينة على ذلك رده على البَائِع إلا أن يدَّعي البائع الدفع [بدعوى الرضا][4] أو الإبراء ويقيم البينة على ذلك، فتندفع دعوى المشتَرِي، وإن لم يكن له بينة، فطلب يمين المشتري حلفه القاضي بالله سبحانه وتعالى مَا رَضِي بهذا العيب ولا أبرأه عنه، ولا عرضه على البَيْع منذ رآه، وإن لم يَدْعِ الدفع بالرضا والإبراء؛ فإن القاضي يقضي يفسخ العقد، ولا يستَحلف المشتَرِي على الرضا والإبراء والعرض على البيع عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يفسخ ما لم يستَحلفه بالله تعالى ما رضي بهذا العَيْب ولا أبرأه عنه، ولا عرضه على البيع بعدما علم به من العَيْب.

وجه قول أبي يوسف: أن القَاضِي لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف، فمن الجائز أن يدعي البائع على المشتَري بالدَّفع بدعوى الرضا والإبراء بعد القضاء بالفسخ، ويقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه، فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض، وأنه وَاجِب.

وجه قولهما: أن البائع إذا لم يطْلب يمين المشتري، فتحليف القَاضِي من غير طلب الخصم إنشاء الخُصُومة، والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لإنشائها.

وقول أبي يوسف: أن في هذا صِيَانة قضاء القاضي عن الفسخ، فنقول: الصيانة حاصلة بدونه؛ لأن الظاهر أن البائع لم يعلم بوجود الرِّضا من المشتري؛ إذ لو علم لادعى الدفع

---

(١) سقط في ط.
(٢) في أ: ليس لتوجه.
(٣) في ط: لأن.
(٤) سقط في ط.

بدعوى [الرضا][١] ولما سكت عن دعوى الدفع عند قِيَام البينة ـ دلَّ أنه لم يظهر له الرضا من المشتري، فلا يدَّعي الدفع بعد ذلك.

وإن لم يقم المشتري بينة على إثبات العَيْبِ عند البائع، وطلب المشتري يمينه ـ فيما سوى العيوب الأربعة يستحلف على البَتَات بالله تعالى: لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب، وإنما يجمع بين البيع والتسليم في الاسْتِحلاف؛ لأن الاقتصار على البيع يوجب بطلان حق المشتَري في بعض الأحْوال؛ لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم، فيبطل حقه، فكان الاحْتِيَاط هو الجمع بينهما.

ومنهم من قال: لا احْتِياط في هذا؛ لأنه لو اسْتَحلف على هذا الوجه، فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم، فيكون البائع صادقاً في يمينه؛ لأن شرط حنثه وجود العيب عند البيع. والتسليم جميعاً، فلا يحنث بوجوده في أحدهما، فيبطل حق المشتري، فكان الاحْتِياط في هذا الاسْتِحْلاف على حاصِل الدعوى بالله عز وجل ما له حق الرد بهذا العَيْب الذي ذكره.

ومنهم من قال: يستحلف بالله تعالى لقد سلمته. وما به هذا العَيْب الذي يدعي وهو صحيحٌ؛ لأنه يدخل فيه الموجود عند البيع، والحادث قبل التَّسْليم وإنما لم يستَحْلف على البَتَات؛ لأنه استَحْلف على فعل نفسه، وهو البيع والتسليم بصفة السلامة.

ثم إذا حلف فإن حلف بريء ولا يرد عليه، وإن نكل يرد عليه ويفسخ العقد إلا إذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الإبراء عنه، أو العرض على البيع بعد العلم به، ويقيم [عليه][٢] البينة فيبرأ ولا يرد عليه، وإن لم يكن/ له بينة وطلب تحليف المشتري يحلف عليه، ٣/١٤٨أ وإن لم يطلب يَفْسخ العقد ولا يحلفه عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف على ما تقدم.

وأما في العيوب الأربعة ففي الثَّلاثة منها، وهي الأباق والسرقة والبول في الفراش ـ يستحلف بالله تعالى ما أبق عندك منذ بلغ مبلغ الرِّجال، وفي الجنون: بالله عز وجل ما جن عندك قط، وإنما اختلفت هذه العُيُوب في كيفية الاستحلاف؛ لما ذكرنا فيما تقدم أن اتحاد الحالة في العيوب الثَّلاثة شرط ثبوت حق الرد، وليس بشرط في الجنون، بل هو عيبٌ لازم أبداً.

---

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثُبُوته، فالمبيع لا يخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشْتَري؛ فإن كان في يد البَائِع، ينفسخ البيع بقول المشتري: رددت، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي بالإجماع، وإن كان في يد المشتري، لا ينفسخ إلا بقَضَاء القاضي أو بالتَّراضي عندنا.

وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ ينفَسخ بقوله: رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضا البائع.

وأجمعوا على أن الردّ بخيار الشَّرط يصح من غير قضاء ولا رضاء، وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلاً بلا خلاف بين أصحابنا.

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ: أن هذا نوع فَسْخ، فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضا؛ كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرُّؤية على أصلكم؛ ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده.

ولنا: أن الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفَرِد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة؛ وهذا لأن الفسخ يكون على حَسَب العقد؛ لأنه يرفع العقد ثم العقد لا ينعقد بأحد العَاقِدين، فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي، بخلاف ما قبل القَبْض؛ لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض، فكان [القبض][1] بمنزلة القبول كأنه لم يستردّ، بخلاف الرد بخيار الشرط؛ لأن الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقاء الخِيَار، فكان الردّ في معنى الدفع والامْتِناع من القبول، وبخلاف الرد بخيار الرّؤية؛ لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة؛ لأنه أوجب خللاً في الرّضا، فكان الرد كالدفع، أما هٰهنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض، فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان من تلزمه الخُصُومة في العيب فنقول وبالله التَّوفيق: الخصومة في العيب[2] تلزم البائع، سواء كان حكم العقد له أو لغيره، بعد أن كان من أهل أن تلْزمه الخصومة، إلا القاضي أو أمينه، كالوَكْيل والمضارب والشَّريك والمكاتب والمأذون والأب والوصي؛ لأن الخُصُومة في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا الباب راجعة إلى العاقد إذا كان أهلاً؛ فإن لم يكن بأن كان صبيًّا أو محجوراً أو عبداً محجوراً، فالخصُومة لا تلزمه، وإنما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوَكَالة.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: البيع.

وأما القاضي أو أمينه فالخُصُومة لا تلزمه، لأن الولاية للقَاضِي إنما ثبتت شرعاً نظراً لمن وقع له العقد، فلو لزمه العُهْدة لامتنع عن النظر خوفاً من لزوم العهدة، فكان القاضي في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه، والوَكِيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكّل والكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى؛ لأن الوَكيل يتصرف للموكل نيابة عنه، وتصرُّف النائب كتصرف المنوب عنه.

وأما المكاتب والمأذون فإنما يتصرفان بطريق الأصَالة لأنفسهما، لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف أن الإذن فك الحجر وإزَالَة المانع، فإذا زال الحجر بالإذن، فالعبد يتصرَّف بمالكية نفسه، فكان عاقداً لنفسه لا لمولاه، والذي يقع للمولى هو حكم التصرُّف لا غير، وإذا كان عاقداً لنفسه كانت العُهْدة عليه؛ ولو رد المبيع على الوَكِيل هل له أن يرده على موكله؟ فهذا لا يخْلُو من ثلاثة أوجه: إما أن يرده عليه ببينة قامت على العَيْب، وإما أن يرده عليه بنكوله، وإما أن يرده عليه بإقراره بالعيب.

فإن رده عليه/ ببينة قامت على العيب يردّه على الموكل؛ لأن البينة حجة مطلقة وهو نائب عنه فيلزم الموكل، وإن رده عليه بنكوله فكَذَلك؛ لأن نكوله مضاف إلى الموكل لكونه مضطراً ملجأ إليه. ٣/ ١٤٩أ

ألا ترى أنه لا يَمْلِكه في الخصومة وإنما جاء هذا الاضطرار من ناحية الموكل؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه، فكان مضافاً إليه.

وإن رده عليه بإقراره بالعيب ينظر إن كان عيباً لا يحدث مثله - يرد على الموكل؛ لأنه علم بثبوته عند البيع بيقين. وأما إن كان عيباً يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة؛ فإن كان رد عليه بقضاء القَاضِي بإقراره لا يرد؛ لأن إقرار المقر يلزمه دون غيره، لأنه حجة قاصرة، فكان حجة في حقه خاصة لا في حق موكله؛ وإن ردّ عليه بغير قضاء لزم الوكيل خاصة، سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله؛ لأن الرد بغير قَضَاء وإن كان فسخاً في حق العاقدين - فهو بيع جديد في حق غيرهما، فلا يملك الردّ على الموكل كما لو اشتراه.

فأما المضارب والشريك فبقبولهما يَلْزم رب المال والشَّريك الآخر؛ لأن حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوَكِيل والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يمنع الردّ بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثُبُوته، ويلزم البيع وما لا يسْقُط ولا يلزم، فنقول وبالله تعالى التوفيق: الرد [بالعيب][1] يمتنع بأسباب: منها الرضا بالعيب بعد

---

(١) سقط في ط.

العِلْم به؛ لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة، ولما رضي بالعيب بعد العلم به ـ دل أنه ما شرط السلامة ولأنه ثبت نظراً للمشتري دفعاً للضَّرر عنه، فإذا رضي بالعَيْب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر. ثم الرضا نوعان: صريح وما هو في معنى الصَّريح، ودلالة:

أما الأول فنحو قوله: رضيت بالعَيْب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما يجري هذا المجرى.

وأما الثاني: فهو أن يوجد من المشْتَرِي بعد العلم بالعيب تصرُّف في المبيع يدل على الرضا بالعيب، نحو ما إذا كان ثوباً فصَبَغَه أو قطعه، أو سويقا فلته بسمن، أو أرضاً فبنى عليها، أو حنطة فطَحَنها، أو لحماً فشواه ونحو ذلك، أو تصرّف تصرُّفاً أخرجه عن ملكه، وهو عالم بالعَيْب أو ليس بعالم، أو باعه المشْتَري أو وهبه وسلمه، أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولده، لأن الإقدام على هذه التصرُّفات مع العلم بالعَيْب دليل الرّضا بالعيب، ويكون العلم بالعيب، وكل ذلك يبطل حقّ الردّ.

ولو باعه المشْتَري ثم رد عليه بعيب، فإن كان قبل القَبْض له أن يرده على بائعه، سواء كان الرد بقضاء القَاضِي أو بالتراضي بالإجماع، وإن كان بعد القبض؛ فإن كان بقَضَاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف؛ وإن كان قبله البائع بغير قضاء، ليس له أن يردّه عندنا، وعند الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: له أن يرده.

وجه قوله: أن المانع من الرد خروج السِّلْعة عن ملكه، فإذا عادت إليه فقد زال المانع وصار كأنه لم يخرج؛ ولهذا إذا رد عليه بقضاء له أن يرده على بائعه، وكذا إذا رد عليه بخيار شَرْط أو بخيار رؤية على أصلكم.

ولنا: أن القبول بغير قَضَاء فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما، فصار كما لو عاد إليه بشراء، ولو اشْتَراه لم يملك الردّ على بائعه؛ كذا هذا

والدَّليل على أن القَبُول بغير قضاء بيع جديد في حق غير العاقدين: أن معنى البيع موجود، فكان شبهة الشراء قائمة، فكان الردّ عند التَّراضي بيعاً؛ لوجود معنى البيع فيه إلا أنه أعطى له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعاً جديداً في حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ؛ ولهذا يثبُت للشفيع حق الشفعة، وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضي؛ لأنه لم يوجد فيه معنى البيع أصلاً؛ لانعدام التراضي فكان فسخاً، والفسخ رَفْع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن، ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة، وبخلاف ما قبل القبض، لأن الصفقة لا تمام لها قبل القبض.

١٤٠/ب ألا ترى أن حدوث العيب قبل القبض كوُجُوده قبل البيع، فكان الرد قبل القبض/ في

معنى الامْتِنَاع عن القبول؛ كأن المشتري رد إيجاب البائع ولم يقبله؛ ولهذا لم يفْتَقِر الرد قبل[1] القبض إلى القاضي، وبخلاف ما إذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية أنه يرده على بائعه، لأن معنى البَيْع لم يوجَد في هذا الرد.

ألا ترى أنه يرد على بائعه من غير رِضَاه، فكان فسخاً ورفعاً للعقد من الأصل كأنه لم يكن؛ وكذا لو وَطِيء الجارية المشتراة أو لمسها لشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا، وكذا بدون العلم بالعيب.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن كانت الجَارية بكراً فوطئها المشتري فكذلك، وأما إذا كانت ثيباً فوطئها بدون العلم بالعيب لا تمنع الرد بالعيب، وستأتي المسألة إن شاء الله تعالى.

ولو قبلت الجارية المشْتَرِي لشهوة، فقد مر تفصيل الكلام فيه في شرط الخيار، ولو استخدم المشتري بعد ما علم بالعَيْب ـ فالقياس أن يسقط خياره، وفي الاستحسان لا يسقط، وقد ذكرنا وجْه القِيَاس والاستحسان في خيار الشرط، ولو كان المشْتَرِي دابة فركبها بعد العلم بالعيب؛ فإن ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره.

وإن ركبها ليسقيها أو ليردّها على البائع، أو ليشتري لها علفاً ـ ففيه قياس واستحسان، كما في الاستخدام، وقد ذكرْنا ذلك في خيار الشَّرط، ولو ركبها لينظر إلى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسْقُط خياره؛ وفي شرط الخِيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط؛ وكذا لو اشترى ثوباً فلبسه بعد العلم، لينظر إلى طوله وعرضه ـ بطل خياره وفي خيار الشرط لا يبطل.

ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه في شَرْط الخِيَار، وإن كان المشتري داراً فسكنها بعد ما علم بالعيب أو رمّ منها شيئاً أو هدم يسقط خياره، وذكر في بعض شُرُوح مختصر الطَّحاوي في السكنى روايتان: والحاصل أن كل تصرف يوجد من المشتري في المشتري بعد العلم بالعيب ـ يدل على الرضا بالعيب، يسقط الخيار ويلزم البيع، والله عز وجل أعلم.

ومنها إسقاط الخيار صَرِيحاً أو ما هو في معنى الصريح؛ نحو أن يقول المشتري: أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البَيْع أو أوجبته، وما يجري هذا المجرى؛ لأن خيار العيب حقه والإنسان بسبيل من التصرُّف في حقه استيفاء وإسقاطاً.

ومنها إبراء المشتري عن العيب؛ لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط؛ لان الخيار حقه والمحل قابل للسقوط، ألا ترى كيف احتمل السقوط بالإسقاط صريحاً فإذا أسْقَطه يسقط.

---

(١) في أ: بعد.

ومنها هَلاَك المبيع لفَوات محل الرد، ومنها نقصانه، وجملة الكلام فيه أن نقصان المبيع لا يخلو إما أن يكون قبل القبض، وإما أن يكون بعده، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بآفة سَمَاوية أو بفِعْل المشتري أو بفعل البَائِع أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي، فإن كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع، فهذا وما إذا لم يكن به عَيْب سواء، وقد ذكرنا حكمه في بيع البات فيما تقدم أن المشتري بالخيار.

ثم إن كان النُقصان نقصان قدر، فإن شاء أخذ الباقي بحصَّته من الثمن، وإن شاء ترك، وإن كان نُقْصان وصف؛ فإن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك لما ذكرنا هنالك.

وإن كان بفعل البائع فكذلك الجَوَابَ فيه، وفيما إذا لم يكن به عَيْب سواء؛ وهو أن المشْتري بالخيار إن شاء أخَذَه وطرح عنه قدر النُقصان الذي حَصَل بفعل البائع من الثَّمن، وإن شاء تَرَك كما إذا لم يجد به عيباً، وإن كان بفعل المشتري لا خِيَار ويصير قابضاً بالجناية، ويتقرر عليه جميع الثَّمن إن لم يجد به عيباً كان عند البَائِع على ما ذكرنا فيما تقدَّم، وإن وجد عيباً كان عند البائع؛ فإن شاء رجع بنُقْصان العيب، وإن شاء رضي به.

وإن قال البائع: أنا آخذه مع النُقصان، ليس للمشْتَري أنه يحبسه ويرجع عليه بالنقصان، بل يردّه عليه ويسقط جميع الثمن، وسنذكر الأَصْل في جنس هذه المسائل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع.

هذا إذا لم يوجد من البَائِع منع المبيع لاستيفاء الثمن بعدما صار المشتري قابضاً بالجناية، فأما إذا وجد منه منع بعد ذلك، ثم وجد المشتري به/ عيباً ـ له أن يرده على البائع ويسقط على المشْتَري جميع الثمن؛ لأنه بالمنع صار مسترداً للمبيع ناقضاً ذلك القبض، فانتقض وَجَعل كأن لم يكن له، فكان حق الرد على البائع، ويسقط عنه جميع الثمن إلا قدر ما نقص بفِعْله.

٣/ ١٥٠أ

وإن كان بفعل أجنبي، فالمشْتَري بالخيار إن شاء رضي به بجَميع الثَّمن واتبع الجاني بالأرش، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن، واتبع البائع الجاني بالأرش، كما إذا لم يجد المشتري بها عيباً.

هذا إذا حدث النقصان قبل القَبْض، ثم وجد به عيباً، فأما إذا حَدَث بعد القبض، ثم وجد به عيباً فإن حدث بآفة سَمَاوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشْتَري ـ لم يكن له أن يردّه بالعيب عند عامة العُلَماء، وقال مالك ـ رحمه الله ـ: له أن يرده ويرد معه أرش العيب الحادث.

وجه قوله: أن حق الردّ بالعيب ثبت نظراً للمشْتَري، فلو امتنع إنما يمتنع نظراً للبائع، والمشتري باستحقاق النَّظر أولى من البائع؛ لأنه لم يدلس العيب والبائع قد دلس.

ولنا: أن شرط الرد أن يكون المردُود عند الردّ على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد؛ لأنه خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد، ويعود على ملكه معيباً بعيبين، فانعدم شرط الردّ فلا يرد، ولو كان المبيع جاريةً فوطئها المشتري، ثم اطَّلع على عَيْب بها؛ فإن كانت بكراً لم يردها بالإجماع، وإن كانت ثيباً فكذلك عندنا، وقال الشَّافعي ـ رحمه الله ـ: ترد.

وجه قوله: أنه وجد سبب ثبوت حق الردّ مع شرطه، وما بعد السبب وشرطه إلا الحكم، أما السبب فهو العَيْب وقد وجد.

وأما الشرط: فهو أن يكون المردُود وقت الردّ كما كان وقت القَبْض، وقد وجد؛ لأن الوطء لا يوجب نقصان العين؛ إذ هو استيفاء مَنَافع البضع فأشبه الاستخدام، بخلاف وَطْء البكر، لأن العذرة عضو منها وقد أزالها بالوَطء.

ولنا: أن منافع البُضْع لها حكم الأجزاء والأعيان، بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضْمَن بالعين هو الأصل، وإذ قام الدليل على أن المنافع لا تضمن بالإتلاف عندنا أصلاً، فكان استيفاؤها في حكم إتلاف الأجزاء والأعيان، فانعدم شرط الرد فيمْتَنع الرد كما إذا قطع طرفاً منها، وكما في وطء البكر بخلاف الاستخدام؛ لأنه استيفاء منفعة محضَة ما لها حكم الجزء والعين، ولأنه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الأصل من كل وجْه أو من وجه، فتبين أن الوطء صادق ملك البائع من كل وجه أو من وجه، وأنه حَرَام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام، وأنه واجِبٌ.

وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ فيما إذا اشْتَرى رجلان شيئاً، ثم اطلعا على عَيْب به كان عند البائع ـ أنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه وعند أبي يوسف ومحمد: ينفرد أحدهما بالفسخ، وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشْتَريا شيئاً لم يرياه.

وجه قولهما: أنه رد المشتري كما اشْتَرى فيصح؛ كما إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه ثلاثة أيام فرد النِّصف، ودلالة الوصْف أنه اشْتَرى النصف؛ لأنهما لما اشتريا العبد جملة واحدة، كان كل واحدٍ منهما مشترياً نصفه وقد رد النصف، فقد رد ما اشْتَرى كما اشترى.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه لم يوجد شَرْط الرد، وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع.

والدليل على أنه لم يوجد شَرْط الردّ أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضاً ولم يوجد؛ لأنه قَبَضَه غير معيب بعيب زائد، فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو

عيب الشَّركة؛ لأن الشركة في الأعيان عيب؛ لأن نصف العين لا يشتَرى بالثَّمن الذي يشتري به لو لم يكن مشتركاً، فلم يوجد ردّ ما اشترى [كما اشترى][1] فلا يصح الردّ دفعاً للضَّرر عن البائع؛ ولهذا لو أوجب البائع البيع في عَبْدٍ لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر ـ لم يصح؛ لأن البائع لم يرض بزوال ملكه إلا عن الجملة، فإذا قبل أحدهما دُون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع، فلم يصح دفعاً/ للضرر عنه، كذا هذا. ٣/١٥٠ب

وكذلك لو كان النُّقصان بفعل أَجنبي أو بفعل البائع، بأن قطع يده ووجب الأرش أو كانت جارية فوطئها، ووجَبَ العقر ـ لم يكن له أن يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به، وهو أن النُّقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع يؤخذ الأرش والعقر للمشتري وأنه زيادة؛ ولهذا يمنع الردّ بالعيب على ما نَذْكره إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى مأكولاً في جوفه كالبطيخ والجوز والقِثَّاء والخيار والرمان والبيض ونحوها، فكسره فوجَدَه فاسداً ـ فهذا في الأصْل لا يخلو عن أحد وجهين: إما أن وجده كله فاسداً، وإما أن وجد البعض فاسداً والبعض صحيحاً؛ فإن وجده كله فاسداً، فإن كان مما لا ينتفع به أصلاً فالمشْتَري يرجع على البائع بجميع الثمن؛ لأنه تبين أن البيع وقع باطلاً؛ لأنه بَيْع ما ليس بمال، وبيع ما ليس بمال لا ينعقد، كما إذا اشترى عبداً ثم تبيَّن أنه حر.

وإن كان مما يمكن الانْتِفَاع به في الجملة ليس ـ له أن يرده بالعيب عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: له أن يردَّه.

وجه قوله: أنه لما باعه منه فقد سلَّطه على الكسر، فكان الكَسْر حاصلاً بتسليط البائع فلا يمنع الردّ.

ولنا: ما ذكرنا فيما تقدَّم أن شرط الرد أن يكون المردُود وقت الرد على الوصْفِ الذي كان عليه وَقْت القَبْض، ولم يوجد؛ لأنه تعيب بعيب زائد بالكسر، فلو رد عليه لردّ معيباً بعيبين فانْعَدم شرط الرد.

وأما قوله: البائع سلَّطه على الكَسْر فنعم، لكن بمعنى أنه مكَّنه من الكسر بإثبات الملك له، فيكون هو بالكَسْر متصرّفاً في ملك نفسه لا في ملك البائع بأمره؛ ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكَسْر.

وإن وجد بعضه فاسداً دون البَعْض ينظر إن كان الفاسد كثيراً يرجع على البائع بجميع

---

(١) سقط في ط.

الثمن؛ لأنه ظَهَرَ أن البيع وقع في القدر الفاسد باطلاً؛ لأنه تبين أنه ليس بمال، وإذا بطل في ذلك القَدْر يفسد في الباقي؛ كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة.

وإن كان قليلاً فكذلك في القِيَاس، وفي الاستِحْسان صح البيع في الكل، وليس له أن يرد ولا أن يرجع فيه بشيء؛ لأن قليل الفَسَاد فيه مما لا يمكن التحرز عنه؛ إذ هذه الأشياء في العادات لا تخلو عن قليل فَساد، فكان فيه ضرورة فيلتحق ذلك القدر العَدَم.

ومن مشايخنا من فصل تفصيلاً آخر، فقال: إذا وجد كله فاسداً فإن لم يكن لقشره قيمة، فالبيع باطل؛ لأنه تبين أن باع ما ليس بمَال، وإن كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل؛ لأنه إذا كان لقشره قيمة كان القشر مالاً، ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي به ناقصاً وقبل قشره وردّ جميع الثمن، وإن شاء لم يقبل، لأنه تعيب بعيب زائد وردّ على المشتري حصَّة المعيب جبراً لحقه، وإن وجد بعضه فاسداً فعلى هذا التفصيل أيضاً؛ لأنه إن لم يكن لقشره قيمة رجع على البائع بحصَّته من الثمن، وإن كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون القشر اعتباراً للبعض بالكلِّ، إلا إذا كان الفاسِد منه قليلاً قدر ما لا يخلو مثله عن مثله، فلا يردّ ولا يرجع بشيء، والله عز وجل أعلم.

ومنها الزيادة المنفَصلة المتولّدة من المبيع بعد القبض، وجملة الكَلاَم في الزيادة أنها لا تخلو إما أن حَدَثت قبل القبض، وإما أن حدثت بعده وكل واحدة من الزيادتين لا تخلو من أن تكون متَّصلة أو منفَصلة، والمتَّصلة لا تخلو من أن تكون متولّدة من الأصْل كالحسن وإجمال والكبر والسمن والسمع وانجلاء بياض إحْدَى العينين ونحو ذلك، أو غير متولّدة منه كالصبغ في الثّوب والسمن أو العسل الملْتُوت بالسويق والبناء في الأرض ونحوها، وكذلك المنفصلة لا تخلو من أن تكون متولّدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن ونحوها، أو غير متولدة من الأصل كالكَسْب والصدقة والغلة، والبيع لا يخْلُو إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً.

أما الزيادة في البيع الفَاسِد، فحكمها نذكره في بيان حكم البيع الفَاسِد إن شاء الله تعالى.

وأما في البيع الصَّحيح؛ فإن حدثت الزيادة قبل القبض، فإن كان متصلة/ متولدة من الأصل، فإنها لا تمنع الرد بالعَيْب، لأنَّ هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل، فكانت مبيعة تبعاً، والأصل أن ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ، لأن الفسخ رفع العَقْد فينفسخ العَقْد في الأصل بالفسخ فيه مقصوداً، وينفسخ في الزيادة تبعاً للانْفِساخ في الأصل. ٣/ ١٥١أ

وإن كانت متصلة غير متولّدة من الأصل فإنها تمنع الرد بالعيب؛ لأن هذه الزيادة ليست بتابِعَة بل هي أصل بنفسها.

ألا ترى أنه لا يثْبُت حكم البيع فيها أصلاً ورأساً، فلو رد المبيع لكان لا يخلو إما أن يرده وحده بدون الزيادة، وإما أن يرده مع الزيادة لا سبيل إلى الأول؛ لأنه متعذر لتعذر الفصل، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الزِّيادة ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابِعة في الفَسْخ؛ ولأن المشتري صار قابضاً للمبيع بإحداث هذه الزيادة، فَصَار كأنها حدثت بعد القَبْض، وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب، والله عز وجل أعلم.

وإن كانت منفصلة متولّدة من الأصل لا تمنع الرد؛ فإن شاء المشتري ردهما جميعاً، وإن شاء رضي بهما بِجَمِيع الثَّمن بخلاف ما بعد القبض، عندنا: أنها تمنع الرد بالعيب، وسنذكر الفَرْق إن شاء الله تعالى، ولو لم يجد بالأصْل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها؛ لأن هذه الزيادة قبل القَبْض مبيعة تبعاً، والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً، إلا إذا كان حُدُوث هذه الزيادة قبل القَبْض مما يوجب نقصاناً في المبيع كولد الجارية، فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنُّقصان.

ولو قبض الأصل والزيادة جميعاً، ثم وجد بالأصل عيباً ـ له أن يرده خاصة بحصته من الثمن بعد ما قسم الثمن على قدر الأصل وقت البيع، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، لأن الزيادة إنما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض، كذلك يعتبر قبضها وقت القبض.

ولو لم يجد بالأصْلِ عيباً ولكنه وجد بالزّيادة عيباً ـ فله أن يردَّها خاصة بحصتها من الثمن؛ لأنه صار لها حصَّة من الثَّمن بالقَبْض فيردها بحصتها من الثمن، فإن كانت الزيادة منفصلة من الأصل، فإنها لا تمنع الرد بالعيب، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، وإنما هي مملوكة بسبب على حدة أو بملك الأصل فبالردّ ينفسخ العقد في الأصل، وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك الأصل لا بالبَيْع، فكانت ربحاً لا ربا لاختصاص الربا بالبيع؛ لأنه فضل مال قَصد استِحْقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد، ثم إذا رد الأصل فالزِّيادة تكون للمشتَري بغير ثمن عند أبو حنيفة، لكنها لا تطيب له؛ لأنها حدثت على ملكه، إلا أنها رِبح ما لم يضمن، فلا تطيب. وعند أبي يوسف ومحمد: الزيادة تَكُون للبائع لكنها لا تَطِيب له، وهذا إذا اختار المشتري الرد بالعيب؛ فإن رضي بالعَيْب واختار البيع، فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف؛ لأنها ربح ما لم يضْمن، ونهى رسول الله ـ ﷺ ـ عن ذلك؛ ولأنها زيادة لا يقابلها عوض في عَقْد البيع، وأنه تفسير الربا.

ولو قبض المشتري المبيع مع هذه الزِّيادة، ثم وجد بالمبيع عيباً؛ فإن كانت الزيادة هالكة ـ له أن يرد المبيع خاصَّة بجميع الثَّمن بلا خلاف، وإن كانت قائمة فكذا عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يرد معه الزّيادة.

وجه قولهما: أن هذه زيادة حَدَثت[1] قبل القبض، فيردها مع الأصل، ولأبي حنيفة: أن هذه الزيادة لا تتبع الأصْل في حكم العقد، فلا تتبعه على حكم الفسخ، ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردّها، لأنه لا حصَّة لهذه الزيادة من الثمن فلا تحتمل الرد بالعيب، لأنها لو ردّت لردّت بغير شيء.

هذا إذا حدثت الزِّيادة قبل القبض، فأما إذا حدثت بعد القبض؛ فإن كانت متصلة متولدة من الأصل، فإنها لا تمنع الردّ إن/ رضي المشْتَري بردها مع الأصل بلا خلاف؛ ٣/ ١٥١ب لأنها تابعة حقيقة وقت الفسخ، فبالردّ ينفسخ العَقْد في الأصل مقصوداً وينْفَسخ في الزيادة تبعاً.

وإن أبَى أن يرده وأراد أن يأخذ نُقْصان العيب من البَائع، وأبى البائع إلا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن، اختلف فيه: قال أبو حَنِيفة ـ رحمه الله ـ وأبو يوسف: للمشتري أن يأخذ نقصان العَيْب من البائع، وليس للبائع أن يأبى ذلك ويطلب الردّ، ويقول: لا أعْطِيك نُقْصان العيب، ولكن رد على المبيع معيباً لأدفع إليك جميع الثَّمن.

وقال محمد ـ رحمه الله ـ: ليس للمشتَري أن يرجع بالنقصان على البائع، إذا أبى ذلك، وللبائع أن يقول له: رد على المبيع حتى أردّ إليك الثمن كله، ولقب المسألة أن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل بعد القبض، هل تَمْنع الرد بالعيب؟ إذا لم يرض صاحب الزيادة، وهو المشتري بردّ الزيادة ويريد الرُّجوع بنقصان العيب عندهما: يمنع، وعنده: لا يمنَع[2].

---

(١) في أ: حصلت.

(٢) الزيادة نوعان زيادة ناشئة عن المبيع وزيادة ناشئة عن فعل المشتري بالمبيع. أما الأولى فخيل الكلام عليها إلى موضوع آثار له خيار العيب.
وأما الثانية فتارة يفصل فيه مثلاً بتسبب عن زيادته ويكون من السهل انفصال هذه الزيادة بدون ما إحداث عيب به فهذه الزيادة للمشتري ولا تمنع الرد لكونه فصلها لا يحدث عيباً بالمبيع. وتارة يفعل فيه فعلاً تتسبب عنه الزيادة ـ في قيمة المبيع ـ ومع ذلك لا يمكن فصلها بدون إحداث عيب بالمبيع كأن يصيغ الثوب أو ينسج الغزل مثلاً.
فهذه الزيادة هي التي تمنع الرد لأنه فصلها عن المبيع يحدث عيباً به وإبقاءها مع مشاركة البائع فيه مضرة له.
هذا هو الحكم من حيث الجملة وأما تفصيل المذاهب فيه وبيان هل يجب للمشتري أرسن العيب؟ فهاك القول فيه.
قالت الحنفية ـ الزيادة المذكورة تمنع الرد وللمشتري أرسن العيب. أما منع الرد فقد عللوه بعلتين ـ الأولى ـ أن الزيادة حق المشتري فلو ألزمناه بالرد إذا أراد البائع ذلك لكان إجباراً له على النزول عن حقه وهو غير جائز شرعاً سواء كان بعوض أو بغير عوض ـ والثانية ـ أن في الرد يلزم الربا أو شبهته أيضاً فلا يجوز =

وأصل المسألة في النّكاح: إذا ازداد المهر زيادة متَّصلة متولدة من الأصل بعد القبض، ثم ورد الطلاق قبل الدخول ـ أنها هل تمنع التّنْصيف؟ عندهما: تمنع وعليها نصف القِيمَة يوم قبضت وعنده لا تمنع، ونذكر المسألة في النكاح.

وإن كانت متَّصلة غير متولدة من الأصل تمنع الردّ بالإجماع، ويرجع بنقصان العيب لما ذكرنا أنه لو رد الأصل، فإما أن يردّه وحده، وإما أن يردَّه مع الزيادة، والرد وحْدَه لا يمكن، والزّيادة ليست بتابعة في العَقْد، فلا يمكن أن يجعلها تابعة في الفسخ إلا إذا تراضَيَا على الرد؛

= لحق الشارع كذلك. بيانه أن هذه الزيادة متصلة بالمبيع لا تنفصل وبالفسخ لا يمكن رد المبيع بدون الزيادة لكونها لا تنفصل ولا رده مع الزيادة لأنها ليست مبيعة والفسخ لا يرد إلا على المبيع فلو ردت مع ذلك لكانت فضلاً مستحقاً في عقد معاوضة وهو الربا أو على الأقل شبهته.

وفرعوا على ذلك. أنه لا يجوز للمشتري أن يرد المبيع متنازلاً عن حقه في الزيادة لأنها ليست متمحضة حقاً له. وأما وجوب أرسن العيب للمشتري مع أن منع الرد ناشىء عن فعله فقد عللوه بأنه منع الرد هنا ليس لمحض فعله بل للزيادة التي هي حق الشارع وإن كانت في الأصل ناشئة عن فعله.

وبمثل قول الحنفية قالت الحنابلة في أصح الروايتين عندهم وإن كان منع الرد عندهم مراعى فيه مصلحة البائع لتضرره بالمشاركة إن ألزمناه قبول المبيع فكانت كعيب حدث عند المشتري. وإنما جاز له أن يرد مع بذل أرسن العيب الحادث لعدم المشاركة. وعلى هذا لو تنازل عن حقه في الزيادة جاز له الرد لعدم المشاركة. فاختلفوا مع الحنفية في التفريع لاختلافهم معهم من حيث التعليل وقالت المالكية ـ المشتري مخير بين الامساك مع المطالبة بالأرسن وبين الرد مع مشاركة البائع بمقدار الزيادة لأن منع الرد لحقه هو فله أن يمسك مع الأرسن وله أن يرد مع المشاركة.

وقالت الشافعية ـ إن اتفقا بتراضيهما على الرد مع أخذ المشتري قيمة الزيادة أو مع تنازله عنها جاز قطعاً أو مع المشاركة بقيمة الزيادة جاز في الأصح وكذا لو اتفقا على أن يمسكه المشتري في إعطائه أرسن العيب جاز قطعاً.

فإن اختلفا فأراد المشتري الامساك مع الأرسن وأراد البائع الرد مع بذل قيمة الزيادة فأيهما المجاب؟

قالت الشافعية: المجاب منهما هنا البائع لأنه الغارم في الحالين.

والذي يتحصل من مذهب الشافعية أن الرد ممتنع قهراً لأنه إما مع المشاركة فيتضرر البائع وإما مع إلزام البائع بقيمة الزيادة فيكون معاوضة لا عن تراض وإما مع إلزام المشتري بالتنازل عنها فيكون إسقاطاً بالإكراه. فالرد عندهم مراعى فيه حق البائع تارة وحق المشتري تارة أخرى فجمع المتفرق في سائر المذاهب «ملحوظة» جعل الحنفية الزيادة المذكورة حقاً للشارع بناء على شبهة الربا التي قررناها ولم يتوافقهم غيرهم على رأيهم هذا لأن الربا الذي ورد الشرع بتحريمه إنما هو في العقود لا في المفسوخ.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

لأنه صار بمنزلة بيع جَدِيد، وإن كانت الزيادة متصلة[١] متولدة من الأصل، فإنها تمنع الردّ بالعَيْب عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا تمنع ويردّ الأصل بدون الزيادة؛ وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الإقالة والرد بخيار الشَّرط وخيار الرؤية.

والكلام فيه مبني على أصل ذكرناه فيما تقدم، وهو أن الزيادة عندنا مبيعة تبعاً لثبوت حكم الأصل فيه تبعاً، وبالردِّ بدون الزيادة ينفَسِخ العقد في الأصل مقصوداً، وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعاً مقصوداً بلا ثَمَن ليستحق بالبيع، وهذا تفسير الربا في عرف الشرع بخلاف الزِّيادة قبل القَبْض؛ لأنها لا ترد بدون الأصل أيضاً احترازاً عن الربا، بل تردّ مع الأصل، وردها مع الأصل لا يتضمن الربا ثم إنما لا يردّ الأصْل مع الزيادة هٰهنا ورد هناك، أما امتناع رد الأصل بدون الزِّيادة، فلما قلنا أنه يؤدي إلى الربا.

وأما ردّه مع الزيادة، فلأنه يؤدي إلى أن يكون الولد التَّابع بعد الرد ربح ما لم يضمن؛ لأنه ينفسخ العَقْد في الزيادة ويعود إلى البائع، ولم يصل إلى المشتري بمقابلته شيء من الثمن في الفَسْخ، لأنه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن؛ لأنه حصل في ضمان المشْتَري، فأما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البائع، فلو انفسخ العقد فيه لا يَكُون ربح ما لم يضمن، بل ربح ما ضمن، وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل ـ لا يَمْتَنع الرد بالعيب، ويرد الأصل على البائع، والزيادة للمشتري طيبة له؛ لما مرَّ أن هٰذه الزِّيادة ليست بمبيعة أصلاً؛ لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسَبَب على حدة، فأمكن إثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة، فيرد الأصْل وينْفَسخ العقد فيه، وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعاً فتطيب له.

هذا إذا كانت الزِّيادة قائمة في يد المشتري، فأما إذا كانت هالكة، فهلاكها لا يخلو من أن يكون بآفة سَمَاوية أو[٢] بفعل المشتَري أو بفعل أجنبي، فإن كان بآفة سماوية ـ له أن يرد الأصل بالعيب، وتجعل الزِّيادة كأنها لم تَكُن، وإن كان بفعل المشتري، فالبائع بالخيار إن شاء قبل وردّ جميع الثمن، وإن شاء لم يقبل ويرد نقصان العيب، سواء كان حدوث ذلك أوجب نُقصاناً في الأصل أو لم يوجب نقصاناً فيه؛ لأن إتلاف الزيادة بمنزلة إتلاف جزء متَّصل بالأصل؛ لكونها متولّدة من الأصل، وذا يوجب/ الخيار للبائع، وإن كان بفِعْل أجنبي ليس له أن يردّ؛ لأنه يجب ضمان الزيادة على الأجنبي، فيقوم الضمان مقام العين فكأن عينه قائمة، فيمتنع الرد ويرجع بنُقْصان العيب، والله عز وجل أعلم. ٣/١٥٢أ

(١) في ط: منفصلة.

(٢) في ط: إن.

وأما بيان ما يفسخ به العَقْد، فالكلام هٰهنا يقع في موْضِعين:

أحدهما: في بيان ما ينفسخ به.

والثاني: في بيان شرائط جَوَاز الفَسْخ.

أما الأول فنوعان: اختياري وضَرُوري، فالاختياري نحو قوله: فسخته أو نقضته أو رددته، وما هو في معناه، والضَّروري هلاك المعقود عليه قبل القبض، وأما شرائط جواز الفَسْخ؛ فمنها سُقُوط الخيار؛ لأن البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفَسْخ.

ومنها علم صاحبه بالفَسْخ بلا خلاف بين أصْحَابنا، سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية، وهل يشْتَرط له القضاء أو الرضا إن كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضي ولا رِضَا البائع، وإن كان بعد القبض يشترط له القَضَاء أو الرِّضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم.

ومنها ألاَّ يتضمن الفَسْخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام[1]، فإن تضمن لا يجوز إلا

---

(١) إذا كانت الصفقة واحدة فتفرقت على المشتري بأنه تلف بعضها قبل القبض، أو ظهر أن بعضها مستحق، فهذا عيب يثبت للمشتري حق الرد، فقد لا يمكنه أن ينتفع بالصفقة على الوجه الأكمل إلا إذا كانت مجتمعة غير مفرقة. وقد يكون الباقي منها أنقص قيمة منه، إذا كان ملتئماً مع البعض التالف أو المستحق.

وكما أن تفريقها على المشتري عيب يثبت له حق الرد، كذلك تفريقها على البائع بمنزلة عيب حدث عند المشتري، فيمنع منه، فيكون ليس له إلا إمساك الصفقة جميعها، أوردها كذلك، لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء ليباعا صفقة واحدة ترويجاً لسعر الرديء بسعر الجيد، فلو جوز للمشتري رد الرديء وحده لفات على البائع هذا الفرض المقصود عرفاً وعادة هذا كله متفق عليه من حيث المبدأ، وإن اختلفت المذاهب من حيث التطبيق باعتبار المعقود عليه فيما إذا كان واحداً أو متعدداً مثلياً أو متقوماً وباعتبار العيب فيما إذا كان وجه الصفقة، أي: معظمها أو لم يكن وجهها وباعتبار الجزء المستحق فيما إذا كان شائعاً أو معيناً، وهي اختلافات يطول شرحها، وكلها ترجع إلى أن تفريق الصفقة مطلقاً عيب، لأنه لا يخلو عن الضرر غالباً، كما هو مذهب الشافعية، أم ليس بعيب، حتى يتحقق هناك ضرر وجيه يستحق من أجله رفع العقد المبرم بينهما، كما هو مذهب الأئمة الثلاثة؛ وإن كانوا قيماً بينهم مختلفين في نوع هذا الضرر.

فالحنابلة: يجعلون للمشتري الحق في رد المبيع وحده فيما لو تعدد المبيع، وكان غير مثلى وهو أيضاً قول في مذهب الشافعية.

والحنفية: يفرقون بين تفريقها قبل تمام البيع، فيمنعونه، وبين تفريقها بعد التمام، فلا يمنعونه.

والمالكية: يفرقون بين ما إذا كان المعيب وجه الصفقة، وإنه يرد الكل أو غير وجهها، فله رد المعيب وحده.

وهكذا في تفضيلاً، يطول شرحها واستقصاؤها بَيْدَ أنَّ الواجب علينا هو أن تبين أن التفريق عيب يثبت هو =

أن يرضى به البائع؛ لأن تفريق الصَّفقة على البائع قبل التمام إضرار به على ما نذكر، والضرر واجب الدفع ما أمكن إلا أن يرْضَى به البائع؛ لأن الضّرر المرضى به من جهة المتضرّر لا يجب دفعه.

وعلى هذا يخرج ما إذا وجد المشْتَري المبيع معيباً، فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض، وجملة الكلام فيه: أن المبيع لا يخار إما أن يكون شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً؛ كالعبد والثوب والدار والكلام والمكيل والموزون والمعْدُود المتقارب في وعاء واحد أو صبرة واحدة، وإما أن يكون أشياء متعدّدة؛ كالعَبْدين والثوبين والدابتين والمَكيل والموزون والمعْدُود في وعاءين أو صبرتين، وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر.

وإما أن يكون شيئين حقيقة وشيئاً واحداً تقديراً؛ كالخفين والنعلين والمكعبين ومصراعي الباب، وكل شيء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر، فلا يخلو إما أن يكون المشتري قبض كل المبيع، وإما أن لم يقبض شيئاً منه، وإما أن قبض البعض دون البَعْض، والحَادِث في المَبِيع لا يخلو إما أن يكون عيباً أو استحقاقاً، أما العَيْب فإن وجده ببعض المبيع قبل القبض لشيء منه ـ فالمشْتَري بالخيار إن شاء رَضِي بالكل ولَزِمه جميع الثمن، وإن شَاء ردّ الكل وليس له أن يردّ المعيب خاصة بحصته من الثمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء؛ لأن الصفقة لا تَمَام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل تمامها باطلٌ.

والدليل على أن الصَّفقة لا تتم قبل القَبْض: أن الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد، ألا ترى أنه يحْتَمل الانْفِسَاخ بهلاك المعقود عليه وهو أنه عدم التأكيد، وإذا قبض وقع الأمر عن الانْفِسَاخ بالهلاك، فكان حصول التَّأكيد بالقبض، والتأكيد إثبات من وجه أوله شبهة الإثبات، وكذا ملك التَّصرف يقف على القَبْض، فيدل على نُقْصان الملك قبل القبض، ونقصان الملك دليل نقصان العقد.

وكذا المشتري إذا وجد بالمَبِيع عيباً ينفسخ البيع بنفس الردّ من غير الحاجة إلى قضاء القاضي، ولا إلى التراضي.

= الرد، وقد بيناه، وأما التفصيلات فتخيل القارئ بها على كتب المذاهب.

والمتبادر من كون الصفقة واحدة هو أن يشملها عقد واحد حقيقة وحكماً، فلو تعدد القصد حقيقة بأنه قال: بعتك هذا الشيء بكذا، فقال: قبلت، ثم قال: وبعتك هذا بكذا، فقبل أيضاً، فالمبيعان صفقتان، وإن اتحد العاقدان والاختلاف إنما هو فيما لو تعدد العقد حكماً كعقد واحد مشتمل على بيع وإجارة مثلاً، أو تعدد المبيع، وفصل الثمن باعتبار كل واحد مع أن العقد واحد أو تعدد كل من العاقدين، أو أحدهما.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

ولو كانت الصفقة تامّة قبل القبض لما احتمل الانفِساخ بنفس الرد كما بعد القبض، فيثبت بهذه الدَّلائل أن الصَّفقة ليست بتامة قبل القبض.

والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصَّفقة على البائع قبل تَمَامها ـ أن التفريق إضرار بالبائع، والضرر واجب الدفع ما أمكن، وبيان الضرر: أن المبيع لا يخلو إما أن يكون شيئاً واحداً، وإما أن يكون أشْيَاء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً، والتفريق تضمن الشركة، والشركة في الأعيان عَيْب، فكان التَّفريق عيباً[1] وأنه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرّر به البائع، وإن كان المَبيع أشياء فالتَّفريق يتضمن ضرراً آخر، وهو لزوم البَيْع في الجيد بثمن الرديء؛ لأن ضمن الرديء إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التُّجار ترويجاً للرديء بواسطة الجيد؛ فمن الجائز/ أن يرى المشتري العَيْب بالرديء، فيرده فيلزم البيع في الجيد بثمن الرديء فيتضرر[2] به البائع؛ فدلَّ أن في التفريق ضرراً فيجب دفعه ما أمكن؛ ولهذا لم يجز التفريق في القبول؛ بأن أضاف[3] الإيجاب إلى جملة، فقبل المشتري في البعض دون البعض دفعاً للضَّرر عن البَائِع بلزوم حكم البيع في البعض من غير إضافة الإيجاب إليه؛ لأنه ما أوْجَب البيع إلا في الجملة، فلا يصح القبول إلا في الجملة؛ لئلا يزُول مِلْكه من غير إزالته فيتضرر به.

٣/ ١٥٢ب

على أن تمام الصَّفقة لما تعلّق بالقبض كان القَبْض في معنى القبول من وجه، فكان رد البعض وقَبْض البعض تفريقاً في القبول من وَجْه، فلا يملك إلا أن يرضى البائع برد المَعيب عليه، فيأخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز، ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن؛ لأن امتناع الرد كان لدفع الضَّرر عنه نظراً له، فإذا رضي به فلم ينظر لنفسه.

وإن كان المشتَري قبض بعض المبيع دون البعض، فوجد ببعضه عيباً فكذلك لا يملك رد المعيب خاصّة بحصته من الثَّمن، سواء كان المبيع شيئاً واحداً أو أشياء، وسواء وجد العَيْب بغير المقبُوض أو بالمقبوض في ظاهر الرواية؛ لأن الصفقة لا تتم إلا بقَبْض جميع المعْقُود عليه، فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وأنه بَاطِل.

وروي عن أبي يوسف: أنه إذا وجد العَيْب بغير المقبوض فكذلك؛ فأما إذا وجد بالمقبوض، فله أن يرده خاصة بحصته من الثَّمن، فهو نظر إلى المعيب منهما أيهما كان، واعتبر الآخر به؛ فإن كان المَعِيب غير المقبوض، اعتبر الآخر غير مقبوض، فكأنهما لم يقبضا جميعاً، وإن كان المَعِيب مقبوضاً اعتبر الآخر مقبوضاً، فكأنه قَبَضهما جميعاً، لكن هذا الاعْتِبار ليس بسديد؛ لأنه في حد التعارض؛ إذ ليس اعْتِبار غير المعيب بالمَعِيب في القبض،

(١) في ط: عينها.
(٢) في ط: فيضرر.
(٣) في ط: أصاب.

وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب في القبض، بل هذا أولى؛ لأن الأصْلَ عدم القبض والعمل بالأصل عند التعارض أولى.

هذا إذا كان المشتري لم يقبض شيئاً المبيع، أو قبض البعض دون البعض؛ فإن كان قبض الكل ثم وجد به عيباً، فإن كان المَبِيع شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً، فكذلك الجواب أن المشتري إن شاء رَضِي بالكل بكل الثمن، وإن شاء رد الكل واسترد جميع الثمن، وليس له أن يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن؛ لما ذكرنا أن فيه إلزام عَيْب الشركة، وأنها عيب حادث مانع من الرد.

وإن كان أشياء حقيقة شيئاً واحداً تقديراً فكذلك؛ لأن إفراد أحدهما بالرد إضرار بالبائع؛ إذ لا يُمْكِن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر، فكانا فيما وضعا له من المنفعة كَشَيء واحد، فكان المبيع شيئاً واحداً من حيث المعنى، فبالردّ تثبت الشركة من حَيْث المعنى والشَّركة في الأعيان عيب، وإذا كان لا يمكن الانتفاع بأحدهما بدون صاحبه فيما وضع له - كان التفريق تعييباً، فيعود المبيع إلى البائع بعَيْب زائد حادث لم يكن عنده، وإن كان أشياء حقيقة وتقديراً، فليس له أن يرد الكل إلا عند التَّراضي، وله أن يردّ المعيب خاصة بحصَّته من الثَّمن عند أصْحَابنا الثلاثة، وعند زفر والشافعي - رحمهما الله -: ليس له ذلك، بل يردهما أو يُمْسكهما.

وجه قولهما: أن في التَّفريق بينهما في الرد إضراراً بالبائع؛ لما ذكرنا أن ضم الرديء إلى الجيد في البيع من عادة التّجار؛ ليروج الرديء بواسطة الجيد، وقد يكون العيب بالرديء فيرده على البَائِع، ويلزمه البيع في الجيّد بثمن الرديء، وهذا إضرار بالبائع، ولهذا امتنع الردّ قبل القَبْض فكذا هذا.

ولنا: أن ما ثبت له حق الردّ وجد في أحدهما، فكان له أن يردّ أحدهما؛ وهذا لأن حق الرد إنما يثبت لفوات السَّلامة المشروطة في العقد دلالة، والثابتة مقتضى العقد على ما بينا، والسلامة فَاتَت في أحدهما فكان له رده خاصة، فلو امتنع الرد إنما يمتنع لتضمُّنه تفريق الصفقة، وتفريق الصَّفقة باطل قبل التمام لا بعده، والصَّفقة قد تمت بقَبْضهما فزال المانع.

وأما قولهما: يتضرر البائع برد الرَّديء خاصة فنعم، لكن هذا ضرر مرضي به من جهته؛ لأن إقدامه على بيع المَعِيب وتدليس العيب، مع علمه أن الظاهر من حال المشتري - أنه لا يرضى بالعَيْب دلالة الرضى بالرد، بخلاف ما قبل / القبض؛ لأنه لا تمام للعقد قبل القبض، فلا يكون قَبْل القَبْض دلالة الرضا بالرد، فكان الرد ضرراً غير مرضي به فيجب دفعه، وهذا بخلاف خِيَار الشرط وخيار الرؤية أن المشتري لا يملك رد البَعْض دون البعض، سواء قبض الكل أو لم يقبض شيئاً أو قبض البعض دون البعض، وسواء كان المعْقُود عليه شيئاً واحداً أو

٣/ ١٥٣أ

أشياء؛ لأن خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصَفقة؛ بدليل أنه يرده بغير قضاء ولا رضا، سواء كان قبل القبض أو بعده.

ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد إلا بقَضَاء القاضي أو التراضي، دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة، ولا يجوز تَفْريق الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه، ولو قال المشْتَري: أنا أمسك المَعِيب وآخذ النقصان ـ ليس له ذلك؛ لأن قوله: أمسك المَعِيب دلالة الرضا بالمعيب، وأنه يمنع الرجوع بالنقصان.

وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجَدَ بالكل عيباً، فأراد رد البعض دون البعض ـ أن المردود إن كان مما لو كان العَيْب به وحده، لكان له ردِ وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك؛ لأنه إذا أمْسَك البعض فقد رضي بعيبه، فبطل حق الرد فيه، لأنه تبين أن صفة السَّلامة لم تكن مَشْرُوطة ولا مستحقة بالعقد فيه، فصار كأنه كان صحيحاً في الأصْل ووجد بالآخر عيباً فيرده؛ وإن كان المردود مما لو كان العَيْب به وحْدَه، لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ـ ليس له ذلك؛ لما ذكرنا أن التَّفريق بينهما تعييب.

ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً قبل القَبْض، فقبض المعيب وهو عالم بالعيب ـ لم يكن له أن يرد وسقط خِيَاره ولزمه العَبْدان؛ لأن قبض المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا، وللقبض شبه بالعَقْد فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد.

ولو رَضِي به عند العقد يسقط خياره فلزماه جميعاً كذا هذا، ولو قبض الصَّحيح منهما؛ ولو كانا معيبين فقبض أحدهما لم يسْقُط خياره؛ لأنه قبض بعض المعقود عليه، والصَّفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه، وإنما تتم بقبض الكل؛ فلو لزمه العقد في المقْبُوض دون الآخر، لتفرقت الصَّفقة على البائع قبل التمام، وتفريق الصفقة قبل التَّمام باطل، ولا يمكن إسْقَاط حقّه عن غير المقبوض؛ لأنه لم يرض به، فبقي له الخيار على ما كان والله عز وجل أعلم.

وأما الاستحقاق؛ فإن استحقَّ بعض المعقود عليه قبل القبض، ولم يجز المستحق بطل العقد في القدر المستحق؛ لأنَّه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولم توجد الإجازة من المالك فبطل، وللمشْتَري الخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصته من الثمن، وإن شاء رده، سواء كان استِحْقَاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب؟ لأنه إذا لم يرْضَ المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام، فصار[1] كعيب ظهر بالسِّلعة قبل القبض، وذلك يوجب الخيار فكذا هذا.

---

(١) في أ: فكان.

وإن كان الاستحقاق بعد قَبْض البعض دون البعض، فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقْبُوض وعلى غير المقْبُوض؛ فإن كان قَبْض الكل ثم استحق بعضه، بطل البيع في القَدْر المستحق لما قلنا.

ثم ينظر إن كان استحقاق ما استحق يوجب العَيْب في الباقي؛ بأن كان المعقود عليه شيئاً واحداً حقيقة وتقديراً؛ كالدّار والكرم والأرض والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار في الباقي إن شاء رضي به بحصَّته من الثمن وإن شاء رد؛ لأن الشركة في الأعيان عيب.

وكذلك إن كان المعقود عليه شيئين من حيث الصُورة شيئاً واحداً من حيث المعنى، فاستحق أحدهما فله الخيار في الباقي، وإن كان استِحْقَاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي؛ بأن كان المعقُود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين، فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جُمْلة وزني، فاستحق بعضه، فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن؛ لأنه لا ضرر في تبعيضِهِ، فلم يكن له خيار الردّ، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما يمنع الرُّجوع بنقصان العيب، وما لا يمنع - فالكلام في حق الرجوع بالنقصان في موضعين:

أحدهما: في بيان شرائط ثبوت/ حق الرجوع. ٣/١٥٣ب

الثاني: في بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل.

أما الشرائِط: فمنها امتناع الرد وتعذّره، فلا يثبت مع إمكان الرد حتى لو وجد به عيباً، ثم أراد المشتري أن يمسك المبيع مع إمْكَان رده على البائع، ويرجع بالنقصان - ليس له ذلك، لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف؛ ولأن إمْسَاك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب، والرضا بالعيب يمنع الرُجوع بالنقصان كما يمنع الرد.

ومنها: أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشْتَري؛ فإن كان من قبله لا يرجع بالنقصان، لأنه يصير حابساً المبيع بفعله ممسكاً عن الرد، وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأساً.

وعلى هذا يخرج ما إذا هلك المَبيع أو انتقَض بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، ثم علم أنه يرجع بالنقصان؛ لأن امتناع الردّ في الهَلاَك لضرورة فوات المحل، وفي النقصان لأمر يرجع إلى البَائِع وهو دفع ضَرَر زائد يلحقه بالرد.

ألا ترى أن للبائع أن يَقُول: أنا أقبله مع النقصان، فأدفع إليك جميع الثمن، وإذا كان امتناع الرد لأمر يرجع إليه، وهو لزوم الضرر إياه بالرد، فإذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بدّ

من دفع الضَّرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان، وسواء كان النقصان يرجع إلى الذَّات بفوات جزء من العين أو لا يرجع إليه، كما إذا كان المَبِيع جارية ثيباً فوطئها المشْتَري أو قبلها بشهوة، ثم علم بالعيب؛ لأن الرد امتنع لا من قبل المشتري، بل من قبل البَائِع.

ألا ترى أن له أن يقبلها موْطُوءة، ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زَوْجها في يد المشْتَري؛ فإن كان زوجها قد وطئها في يد البائع - لم يرجع بالنقصان؛ لأن هذا الوطء لا يمنع الردّ وإمكان الردّ يمنع الرُّجوع بالنقصان، وإن كان لم يطأها عند البَائِع فوطئها عند المشتري؛ فإن كانت بكراً يرجع بالنقصان؛ لأن وطء البكر يمنع الرد بالعيب؛ لأنه يوجِب نُقْصان العين بإزالة العذرة، والامتناع هٰهنا ليس لمعنى من قبل المشْتَري، بل من قبل البائع، فلا يمنع الرجوع بالنقصان؛ وإن كانت ثيباً لم يذكر في الأَصْلِ أنه يمنع الرد أم لا، وقيل: لا يمْنَع فلا يرجع بالنُّقصان مع إمكان الرد.

وكذا لو كان المَبِيع قائماً حقيقة هالكاً تقديراً؛ بأن أعطى له حكم الهَلاَك كما إذا كان المَبِيع ثوباً فقطعه وخاطه، أو حنطة فطَحَنها أو دقيقاً فخبزه أو لحماً فشواه فإنه يرجع بالنقصان؛ لأن امتناع الردّ في هذه المواضع من قبل البائع.

ولو حدث في المبيع أو بسببه زيادة مانعة من الردّ؛ كالولد والثمرة واللبن والأرش والعقر - يرجع بالنقصان؛ لأن امتناع الردّ هٰهنا لا من قبل المشتري، بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم أنه لو رد الأَصْل بدون الزيادة - لبقيت الزيادة مبيعاً مقصوداً بلا ثمن، وهذا تفسير الربا في متعارف الشرع، وحرمة الربا تثبت حقاً للشَّرع؛ ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضي بالرد؛ لأن الحرمة الثابتة حقًّا للشَّرع لا تسقط برضا العبد.

وإذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع إلى الشَّرع لا إلى المشتري - بقي حق المشتري في وصف السَّلامة واجب الرعاية، فكان له أن يرجع بالنقصان جبراً لحقه؛ ولو كانت الزيادة المانعة سمناً أو عسلاً لته بسويق أو عصفر أو زعفراناً صبغ به الثوب، أو بناء على الأرض - يرجع بالنّقصان؛ لأن التعذر ليس من قبل المشتري ولا من قبل البائع، بل من قبل الشرع.

ألا ترى أنه ليس للبائع أن يقول: أنا أخذه كَذَلك، وتعذر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا، ولو بَاعه المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب - لم يرجع بالنّقصان؛ لأن امتناع الردّ هٰهنا من قبل المشتري؛ لأنه بالبيع صار ممسكاً عن الرد؛ لأن المشْتَري قام مقامه فصَارَ مبطلاً للرد الذي هو الحق، فلا يرجع بشيء.

وكذلك لو كاتبه لأنها توجب صَيْرورة العبد حراً يداً فصار بالكتابة ممسكاً عن الرد فأشبه البيع؛ وكذلك لو أعتقه على مال ثم وَجَد به عيباً؛ لأن الإعتاق على مال في حقّ المعتق في معنى البيع؛/ لأنه أَخَذَ العِوَض بمقابلته، والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا. ٣/١٥٤أ

وروي عن أبي يوسف ـ رحمه الله ـ: أنه لا يمنع، ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيباً ـ فالقياس ألاَّ يرجع، وهو قَوْل الشَّافعي ـ رحمه الله ـ، وفي الاستحسان يرجع.

وجه القِيَاس: أن الرد امتنع بفعله وهو الإعتاق فأشبه البيع أو الكتابة. وجه الاستحسان: أن تعذر الردّ هٰهنا ليس من قبل المشْتَري؛ لأن الإعتاق ليس بإزالة الملك، بل الملك ينتهي بالإعتاق؛ وهذا لأن الأصْل في الآدمي عدم الملك والمالية؛ إذ الأصل فيه أن يكون حرًّا؛ لأن الناس كلّهم أولاد آدم وحواء ـ عليهما الصَّلاة والسلام ـ والمتولد من الحرين يكون حرًّا، إلا أن الشرع ضرب الملك، والمَاليَّة عليه بعارض الكفر مؤقتاً إلى غاية الإعتاق، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجُود الغاية فينتهي الملك والمالية عند الإعتاق، فَصَار كما لو انتهى بالموت، وبه تبين أن الإعتاق ليس بحَبْس بخلاف البيع؛ لأنه لما أخذ العوض فقد أقام المشتري مقام نفسه، فكأنه استبقاه على مِلْكه فصار حابساً إياه بفعله، ممسكاً عن الرد فلم يرجع بالنقصان.

وكذلك لو دبره أو استولده، ثم وجد به عيباً يرجع بالنقصان؛ لأن الرد لم يمتنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع، ولو قتله المشْتَري لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه يرجع؛ لأن المقتول ميّت بأجله فتَنْتَهي حياته عند القتل كما تنتهي عند الموت، فصار كما لو مَاتَ حَتْف أنفه، وهناك يرجع بالنقصان. كذا هٰهنا.

وجه ظاهر الرواية: أن فَوَات الحياة إن لم يكن أثر فعل القَاتِل حقيقة، فهو أثر فعله عادة، فجعل في حق القَاتل كأنه تَفْويت الحياة حقيقة وإزالتها، وإن كان انتهاء حقيقة كالإعْتَاق على مال أنه ألحق بالبَيْع في حق المعتق، وإن لم يكن كذلك في حق العبد، فَصَار حابساً للعبد بصنعه ممسكاً.

ولو كان المبيع طعاماً فأكله المشْتَري، أو ثوباً فلبسه حتى تخرق ـ لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يرجع.

وجه قولهما: أن أكل الطعام ولبس الثوب استِعْمَال الشيء فيما وضع له، وأنه انتفاع لا إتلاف، بخلاف القتل فإنه إزالة الحياة في حق القَاتِل، فكان حبساً وإمساكاً.

وجه قول أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: أن المشْتَري يأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة؛ إذ الملك فيهما ثبت مطلقاً لا مؤقتاً، بخلاف العبد فأشْبَه القتل؛ ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الأكل واللبس، ثم وَجَد به عيباً ـ لم يرجع بالنُّقصان بلا خلاف؛ لأن استهلاكهما في غير ذلك الوجه إبطال محض فيشبه القتل.

ولو أكل بعض الطَّعام ثم وجد به عيباً، ليس له أن يردّ الباقي، ولا أن يرجع بالنُّقصان عند أبي حنيفة؛ لأن الطعام كله شيء واحد بمنزلة العبد، وقد امتنع رد بعضه بمَعْنًى من قبل المشْتَري، فيبطل حقه أصلاً في الرد والرجوع؛ كما لو باع بعض الطعام دون بعض.

وروي عن أبي يوسف. أنه قال: يرد البَاقِي ويرجع بأرش الكل المأكول والباقي، إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن.

وروي عن محمد أنه قال: يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكل؛ لأنه لَيْس في تبعيض الطعام ضرر، فيمكن رد البعض فيه دون البعض، وليس للبائع أن يَمْتَنع عن ذلك، وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر، وهو اختيار الفَقِيه أبي الليث؛ ولو باع بعض الطعام دون البعض، لم يرد الباقي ولا يرجع بالنُقصَان عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب؛ إلا إذا رضي البَائِع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن.

وجه قول زُفر: أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لأجل البيع، وأنه وجد في البعض دون البَعْض، فيمتنع في البَعْض دون البعض؛ لأن الأصل أن يكون الامتناع بقدر المانع.

ولنا: ما ذكرنا أن الطعام كله شيء واحد كالعبد، فالامتناع في البعض لمعنى من قبل المشتري يوجب الامتناع في الكُلِّ؛ ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على عيب / ٣/ ١٥٤ب - لم يرجع بالنقصان؛ لأنه لما بَنَاها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها؛ ولو اشترى ثوباً وكفن به ميتاً، ثم اطَّلع على عيب به؛ فإن كان المشتري وَارِث الميت، وقد اشْتَرى من التركة - يرجع بالنقصان؛ لأن الملك في الكفن لم يثبت للمشْتَري، وإنما يثبت للميت؛ لأن الكفن من الحوائج الأصلية للميت، وقد امتنع رده بالعَيْب لا من قبل المشتري، فكان له أن يرجع بالنقصان، وإن كان المشتري أجنبياً فتبرع بالكفن - لم يرجع بالنُّقصان؛ لأن الملك في المشتري وقع له، فإذا كفن به فقد أَخْرَجه عن مِلْكه بالتكفين، فأشبه البيع، والله عز وجل أعلم.

ومنها عدم وصول عوض المبيع إلى المشْتَري، مع تعذر الرد في ظاهر الرواية؛ فإن وصل إليه عوضه بأن قتله أجنبي في يده خطأ - لا يرجع بالنُّقصان، وإن تعذر ردّه على البائع.

وروي عن أبي يوسف ومحمد: أنه يرجع بالنقصان؛ لأنه لم يصل إليه حقيقة العيب، وإنما وصل إليه قيمة المعيب، فكان له أن يرجع بمقدار العَيْب، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأنه لما وصل إليه قيمته قامت القِيمَة مقام العين، فكأنها قائمة في يده لما وصل إليه عوضه، فصار كأنه باعه؛ ولو باعه المشْتَري، ثم اطلع على عيب به - لم يرجع بالنقصان، كذا هذا.

ومنها عدم الرضا بالعيب صريحاً ودلالة، وهي أن يتصرّف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفاً يدل على الرِّضا بالعيب؛ فإن ذلك يمنع ثُبوت حق الرد والرجوع جميعاً، وقد ذكرنا التصرفات التي هي دليل الرِّضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم.

ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرّف فيه تصرفاً يمنع الرد ثم علم، فإن كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه - يرجع بالنُّقصان إلا الكتابة؛ لانعدام دلالة الرضا، وفي الكتابة يرجع؛ لأنها في معنى البيع على ما مرّ، وإن كان التصرف مما يخرج السِّلعة عن ملكه؛ كالبيع ونحوه - لا يرجع بالنقصان إلا الإعتاق لا على مال استحساناً على ما ذكرنا فيما تقدم.

وأما بيان ما يَبْطلُ به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل: فحق الرجوع يبطل بصَرِيح الإبْطَال، وما يجري مجرى الصريح؛ نحو قوله: أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه وما يَجْري هذا المجرى؛ لأن خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشَّرط، وهي السلامة المشروطة في العقد دلالة، بخلاف خيار الرؤية، والإنسان بسَبِيل من التصرُّف في حقه استيفاء وإسقاطاً، ويسقط أيضاً بالرُّضا بالعيب، وهو نوعان: صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة.

فالصريح هو أن يقول: رَضِيت بالعيب الذي به أو اخترت أو أجزت البيع وما يجري مجراه.

والدلالة: هي أن يتصرّف في المَبِيع بعد العلم بالعيب تصرفاً يدل على الرضا بالعيب، كما إذا انتقص المَبِيع في يد المشتري وامتنع الرد بسبب النُّقصان، ووجب الأَرْش ثم تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن ملكه؛ بأن باعه أو وَهَب وسلم أو أعتق أو دبر أو استولد مع العلم بالعيب، لأن التصرف المخرج عن المِلْك مع العلم بالعيب دَلالةُ الإمساك عن الرد، وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع.

ولو امتنع الردّ بسبب الزيادة المنفصلة المتولّدة من الأصْل كالولد وغيره، أو الحاصلة بسبب الأصل غير المتولدة منه؛ كالأرْش والعقر، والزيادة المتصلة غير المتولدة؛ كالصبغ ونحو ذلك، ثم تصرف تصرُّفاً أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالأرش، بل يبقى الأرش على حاله؛ لأن التصرُّف في هذه الصُّورة لم يقع دلالة على الإمْسَاك عن الرد؛ لأن امتناع الرد كان ثابتاً قبله.

ألا ترى أنه ليس للبائع خيار الاسْتِرداد بأن يقول أنا أقبله كذلك مع العيب وأرد إليك جميع الثمن، وإذا كان الرد ممتنعاً قبل التصرّف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد، فلا يكون دليل الرضا فبقي الأرش واجباً كما كان بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك لم يكن الرد ممتنعاً حتماً.

ألا ترى أن للبائع أن يقبله ناقصاً مع العيب، فكان المشْتَري بتصرفه مفوتاً على نفسه حق الرد، فكان حابساً للمبيع فعله ممسكاً إياه عن الرد، وأنه دليل الرضا/ بالعيب، فيبطل الرجوع، فصار الأصل في هذا الباب أن وجوب الأرش إذا لم يكن ثابتاً على سبيل الحتم

٣/ ١٥٥أ

والإلزام، بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب، فتصرف المشتَري بعد ذلك تصرفاً مخرجاً عن الملك يوجب بطلان الأرض، وإن كان وجوبه[١] ثابتاً حتماً بأن لم يكن للبائع خِيَار الاستِرْداد فتصرف المشتري ـ لا يبطل الأرش.

وجه الفرق بين الفصلين على نحو ما بينّا، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب: فطريقه أن تقوم السِّلعة وليس بها ذلك العيب، وتقوم وبها ذلك ـ فينظر إلى نقصان ما بين القيمتين، فيرجع على بائِعِه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثَّمن، إن كانت قيمته مثل ثمنه.

وإن اختلفا: فإن كان النقصان قَدْر عشر القيمة يرجع على بَائِعِه بعشر الثمن، وإن كان قدر خمسها يرجع بخمس الثَّمن؛ مثاله: إذا اشترى ثوباً قيمته عشرة بعشرة، فاطلع على عيب به ينقصه عَشْر قيمته وهو درهم، يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم.

ولو اشترى ثوباً قيمته عشرون بعَشْرة، فاطَّلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان ـ فإن يرجع على البائع بعشر الثَّمن وذلك درهم واحد؛ ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين، والعَيْب ينقصه عشر القيمة، وذلك درهم واحد ـ يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك دِرْهَمان على هذا القياس، فافهم والله أعلم.

وأما الخيار الثابت شرعاً لا شرطاً فهو خِيَار الرؤية، والكلام فيه في مواضع: في بيان شرعيَّة البَيْع الذي فيه خيار الرُّؤية.

وفي بيان صِفَتِه.

وفي بيان حكمه.

وفي بيان شرائط ثبوت الخيار.

وفي بيان وقت ثُبُوته.

وفي بيان كيفية ثبوته.

وفي بيان ما يسقط به الخِيَار بعد ثُبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم.

أما الكلام في شرعيته فقد مرّ في موضعه.

وأما صفته: فهي أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم؛ لأن عدم الرُّؤية يمنع تمام

(١) في ط: وجه.

الصَّفقة؛ لما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «**مَنِ اشْتَرىٰ شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالخِيَارِ إِذَا رَآهُ**»[1] ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا، فتوجب خللاً فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار؛ ولأن من الجائز اعتراض النَّدم لما عسى لا يصْلُح له إذا رآه، فيحتاج إلى التَّدارك

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤ ـ ٥) في كتاب البيوع، حديث (١٠).
والبيهقي (٥/ ٢٦٨) كتاب البيوع، باب: «من قال يجوز بيع العين الغائبة».
كلاهما مسنداً عن داهر بن نوح ثنا عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة. . . فذكره.
وأخرجه الدارقطني (٣/ ٤) في كتاب البيوع، حديث (٨) والبيهقي (٥/ ٢٦٨) كتاب البيوع، باب: «من قال: يجوز بيع العين الغائبة».
كلاهما عن إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ـ ﷺ ـ.
قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٩):
روي مسنداً ومرسلاً، فالمسند أخرجه الدارقطني في «سننه» عن داهر بن نوح ثنا عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي ثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»، قال عمر الكردي: وأخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله، قال عمر أيضاً: وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله، قال الدارقطني: وعمر بن إبراهيم هذا يقال له: الكردي يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح، لم يروه غيره، وإنما يروي عن ابن سيرين من قوله، انتهى. قال ابن القطان في «كتابه»: والراوي عن الكردي داهر بن نوح، وهو لا يعرف، ولعل الجناية منه، انتهى. وأما المرسل فرواه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، والدارقطني، ثم البيهقي، وهو في «سننيهما» حدثنا إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ، قال: من اشترى، إلى آخره، وزاد: إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف، انتهى.
وقال العجلوني في «كشف الخفاء» (٢/ ٣٢١).
رواه القضاعي والبيهقي والديلمي عن أبي هريرة، وفي سنده عمر بن إبراهيم الكردي وَضّاعٌ، وذكر الدارقطني أنه تفرد به، وقال هو والبيهقي: المعروف أنه من قول ابن سيرين، وأخرجه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي من طريق أخرى مرسلة عن مكحولٍ رفعه بسند فيه ضعيفٌ لكنها أَمْثَلُ من الموصولة، وعلق الشافعي القول به على ثبوته، ونقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه، وعند الطحاوي والبيهقي من طريق علقمة بن وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالاً، فقيل لعثمان إنك غُبِنْتَ، فقال عثمان لي الخيار لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، فحكّما بينهما جُبير بن مُطعِم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان انتهى، وقد أورده كثير من السادة الحنفية في كتبهم مستدلين به كصاحب الهداية بلفظِ مَن اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رأى؛ وهو المشهور على الألسنة، لكن نقل عن الحافظ ابن حجر أنه قال في تخريجه لأحاديث الهداية لا أصل له.

فيثبت الخيار؛ لإمكان التدارك عند النَّدم نظراً له كما ثبت خيار الرجعة شرعاً نظراً للزوج تمكيناً له من التَّدارك عند النَّدم؛ كما قال تبارك وتعالى: ﴿لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾.

وأما بيع مَا لَمْ يره البائع، فهل يلزم؟ روي عن أبي حَنِيفة ـ رحمه الله ـ أنه كان يقول أولاً: لا يلزم ويَثْبُت له الخيار، ثم رجع وقال: يلزم ولا يثبت له الخيار.

وجه قوله الأول: ما ثَبَت له [الخيار][1] في شراء ما لم يره المشتَري، وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع، فورود الشَّرع بالخيار ثمة يكون وُروداً هٰهنا دلالة.

وجه قَوْله الآخر: ما روي أن سيدنا عثمان بن عفان ـ رضي الله عنهما ـ باع أرضاً له من طلحة بن عبيد[2] الله ـ رضي الله عنهما ـ، ولم يكونا رأياها، فقيل لسيدنا عثمان ـ رضي الله عنه ـ: غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بِعْت ما لم أره، وقيل لطلحة مثل ذلك فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فحكما في ذلك جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة ـ رضي الله عنه ـ[3]، وكان ذلك بمَحْضَر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينكر عليه أحد منهم، فكان إجماعاً منهم على ذلك، والاعتبار بجَانِب المشتري ليس بسَدِيدٍ؛ لأن مشتري ما لم يره مشتَري، على أنه خير مما ظنَّه فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد، فإذا هو رَدِيء.

ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رَدِيء ـ فله الخيار، وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه، فكان بمنزلة بائع شَيْء على أنه رديء، فإذا هو جيد ومن باع شيئاً على أنه ردِيء، فإذا هو جيّد لا خِيَار للبائع، فلهذا افترقا.

وأما حكمه فحكم المبيع الذي لا خيار فيه، وهو ثُبوت الحل للمشتري في المبيع، وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال؛ لأن ركن[4] البَيْع صدر مطلقاً/ عن شرط كان ينبغي أن يلزم، إلا أن ثَبَت الخيار شرعاً لا شرطاً؛ بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأن الخِيَار ثبت بنص كلام العاقدين، فأثر في الركن بالمَنْع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر، والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٥٥ب

وأما [بيان][5] شرائط ثُبوت الخِيَار، فمنها أن يكون المَبيع مما يتعين بالتعيين؛ فإن كان مما لا يتعين بالتعيين، لا يثبت فيه الخيار، حتى أنهما لو تَبَايعا عيناً بعين ـ يثبت الخيار لكل واحد منهما.

---

(١) سقط في ط. (٢) في ط: عبد.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح «معاني الآثار» (٤/ ١٠) كتاب البيوع، باب: تلقي الجلب.

(٤) في أ: ملك. (٥) سقط في ط.

ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما؛ ولو اشْتَرى عيناً بدين فللمشتري الخيار، ولا خيار للبائع، وإنما كان كذلك؛ لأن المَبِيع إذا كان مما لا يتعين بالتَّعيين، لا ينفسخ العقد برده؛ لأنه إذا لم يتعَّين للعقد لا يتعين للفسخ، فيبقى العقد، وقيام العَقْد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده هكذا إلى ما لا نهاية له، فلم يكُن الرد مفيداً بخلاف ما إذا كان عيناً؛ لأن العقد ينفسخ برده، لأنه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضاً فكان الرد مفيداً ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعيَّن بالتعيين لا يملك بالعَقْد، وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ؛ ولهذا يثبت خيار الرؤية في الإجَارَة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك؛ لأن هذه العُقُود تنفسخ برد هذه الأشياء فيثبت فيها خيار الرؤية، ولا يثْبُت في المهر وبدل الخلع والصّلح عن دم العمد ونحو ذلك؛ لأن هذه العقود لا تحتمل الانْفِسَاخ برد هذه الأموال، فصار الأصل أن كل ما ينْفَسخ العقد فيه بردّه يثبت فيه خيار الرُّؤية، ومالا فلا، والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم.

ومنها عدم الرؤية[1]، فإن اشْتَراه وهو يراه فلا خِيَار له؛ لأن الأَصل هو لزوم العقد وانبرامه؛ لأن ركن العَقْد وجد مطلقاً عن شرط، إلا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعاً بالنص، والنص ورد بالخِيَار فيما لم يره المشْتَري، لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**مَن اشْتَرَىٰ شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالخِيَارِ إذَا رَآهُ**» فبقي الخيار عند الرؤية مبقياً على الأصل.

---

(١) «خيار الرؤية يجعل البيع قبل الرؤية غير لازم».

وذلك لعدم تمام الرضا بالبيع من المشتري، وهو يلزمه عدم لزوم البيع، كخيار الشرط، ويكون غير لازم من جهة المشتري، وفي قول عند المالكية من جهتهما معاً، ولكنه ضعيف، فللمشتري أن يفسخ البيع إن أراد بمقتضى عدم اللزوم لا بمقتضى خيار الرؤية، فإنه معلق بالرؤية، ولم توجد بعد.

ويستمر له هذا الحق ما دامت لم توجد الرؤية، حَتّى ولو أجاز البيع؛ لأن هذه الإجازة غير معتبرة شرعاً؛ لأن الرضى لا يتحقق قبل الرؤية.

وقد أورد الكمال في فتح القدير إشكالاً على ثبوت حق الفسخ للمشتري قبل الرؤية حاصله. أن إثبات قدرة الفسخ والإجازة ـ التي هي عبارة عن الخيار ـ معلق بالرؤية، ولما كان البيع في الأصل يقتضي اللزوم، فقبل الرؤية يلزم مقتضاه، وهو اللزوم، حتى توجد الرؤية، وعندها تثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً.

وهذا كلام مقبول لدى العقل، وبالنسبة لقواعد المذهب غير مقبول؛ لأن هذا الخيار يمنع تمام الحكم عند الحنفية، فلو لزم البيع قبل الرؤية لاستلزم تمام الحكم؛ لأنه لا معنى للزوم شيء لم يتم حكمه بعد.

هذا وأما حكم البيع قبل الرؤية عند الحنابلة في الغائب الموصوف، فهو اللزوم، فليس للمشتري أن يفسخ قبل الرؤية، بل ولا بعدها ما دام المبيع قد جاء على الوصف لتمام البيع قبل الرؤية وبعدها بالرضا الناشئ عن العلم بالمبيع بواسطة وصفه.

وإنما ثبت له الخيار إذا رآه متخلفاً وصفه بالقياس على ما لو ظهر المبيع معيباً بعيب عند البائع.

ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

وإن كان المشتري لم يره وقت الشراء، ولكن كَانَ قد رَآه قبل ذلك ـ نظر في ذلك إن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عَلَيْها لم تتغير، فلا خيار له، لأن الخيار ثبت معدولاً به عن الأصْلِ بالنص الوارد في شراء ما لم يره، وهذا قد اشترى شيئاً قد رآه فلا يثْبُت له الخيار، وإن كان قد تَغَيَّر عن حاله فله الخيار؛ لأنه إذا تَغَيَّر عن حاله فقد صَارَ شيئاً آخر، فكان مشترياً شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه.

ولو اختلفا في التَّغير وعدمه، فقال البَائِع: لم يتغير، وقال المشتري: قد تغير ـ فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير، والتَّغير عارض، فكان البائع متمسكاً بالأصل، والمشتري مدعياً أمراً عارضاً، فكان القَوْل قول البائع لكن مع يمينه؛ لأن حق الرد أمر يَجْري فيه البدل، والإقرار فيجري فيه الاسْتِحْلاَف؛ ولأن المشتري بدَعْوى التَّغير يدَّعي حق الرد، والبائع ينكر، فكان القول قول المنكر.

ولو اختلفا: فقال البائع للمشْتَري: رأيته وقت الشراء، وقال المشتري: لم أره ـ فالقول قول المشتري؛ لأن عدم الرُّؤية أصل والرؤية عارض، فكان الظاهر شاهداً للمشتري، فكان القَوْل قوله مع يمينه؛ ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعي عليه إلزام العقد والمشْتَري ينكر، فكان القول قوله.

ولو أراد المشْتَري الرد فاختلفا، فقال البائع: لَيْس هذا الذي بَعْتك، وقال المشتري: هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه؛ وكذلك هذا في خِيَار الشرط بخلاف خِيَار العيب؛ فإن القول قول البائع.

ووجه الفَرْق: أن المشْتَري في خيار الرؤية والشَّرط بقوله هذا مالك لا يدَّعي ثبوت حق الرد عليه؛ لأن حق الردّ ثابت له حتى يردّ عليه من غير قضاء ولا رضا، ولكنه يدَّعي أن هذا الذي قَبَضه منه، فكان اختلافهما في الحقيقة راجعاً إلى المقبوض والاختلاف متى وقع في تَعْيِين نفس المقبوض؛ فإن القول فيه قول القابض.

وإن كان قبضه بغير حق كقبض الغصب، ففي القَبْضِ الحق/ أولى بخلاف العيب؛ لأن المشْتَري لا ينفرد بالرد في خِيَار العيب، ألاَ ترى أنه لا يَمْلك الرد إلا بقضاء القَاضِي أو التراضي، فكان هو بقوله: هذا مالك بعينه مدعيًا حق الرد في هذا المعين، والبائع ينكر ثُبوت حق الردّ فيه، فكان القول قوله. ٣/١٥٦أ

هذا إذا كان المشْتَري بصيراً، فأما إذا كان أعمى، فَشرْط ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يجس، والذَّوق فيما يذاق والشم فيما يشم، والوصف فيما يوصف وقت الشراء؛ لأن هذه الأشياء في حقّه بمنزلة الرؤية في حقّ البصير، فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخِيَار له، فإن وجد

شيء منه وقت الشراء فاشتراه، فلا خيار له؛ وكذا إذا وجدت قبل القبض ثم قبض؛ فلا خيار له؛ لأن وجود شيء من ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجُوده عند العَقْد، كالرؤية في حق البصير؛ بأن رآه قبل القبض ثم قبضه؛ لأن كل ذلك دلالة الرِّضا بلزوم العقد على ما نذكره، إن شاء الله تعالى.

هذا الذي ذكرنا إذا رأى المشتَري كل المبيع وقت الشِّراء، فأما إذا رأى بعضه دون البَعْض، فجملة الكَلاَم في جنس هذه المسائل: أن المبيع لا يخلُو إما أن يكون شيئاً واحداً، وإما أن يكون أشيَاء؛ فإن كان شيئاً واحداً فرأى بعضه لا يخلو إما أن كان ما رآه منه مقصوداً بنفسه وما لم يره منه تبعاً، وإما أن كان كل واحدٍ منهما مقصوداً بنفسه فإن كان ما لم يره تبعاً لما رآه فلا خيار له، سواءٌ كان رؤية ما رآه تفيد له العلم بحال ما لم يره أو لا تفيد؛ لأن حكم التبع حكم الأصل فكَانَ رؤية الأَصل رؤية التبع، وإن كان مقْصوداً بنفسه ينظر في ذلك إن كان رؤية ما رأى تفيد له العِلْم بحال ما لم يره - فلا خِيَار له، لأن المقْصُود العلم بحال الباقي، فكأنه رأى الكل، وإن كان لا يفيد له العلم بحال الباقي فله الخيار؛ لأن المقْصُود لم يحْصُل [برؤية ما رأى][1] فكأنه لم ير شيئاً منه أصلاً، فعلى هذا الأصل تخرج المَسَائل.

إذا اشترى عبداً أو جارية فرأى وجْهَه دون سائر أعضائه، لا خيار له. وإن كانت رؤية الوجه لا تقيد له العلم بما وَرَاءه؛ لأن الوجْه أصل في الرؤية في بني آدم وسائر الأعضاء تبع له فيها.

ولو رأى سائر أعْضَائه دون الوجه فله الخيار؛ لأن رؤية التّبع لا تكون رؤية الأصل، فكأنه لم ير شيئاً منه.

ولو اشترى فرساً أو بغلاً أو حماراً أو نحو ذلك، فرأى وجهه لا غير، روى ابن سماعة عن محمد: أنه يسقط خِيَاره وسوى بينه وبين الرقيق.

وروي عن أبي يوسف: أن له الخِيَار ما لم ير وجهه ومؤخّره وهو الصحيح؛ لأن الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقْصُود في الرؤية في هذا الجنس، فما لم يرهما فهو على خياره.

وإن اشترى شاة؛ فإن كانت نعجة حلوباً اشتراها للقنية[2]، أو اشترى بقرة حلوباً أو ناقة

---

(١) في أ: بدونه.

(٢) للقنية: أي خالصة له ثابتة عليه.

حلوباً اشتراها للقنية - لا بد من النَّظر إلى ضرعها، وإن اشترى شاة للحم لا بد من الجس، حتى لو رَآها من بَعِيد فهو على خِيَاره؛ لأن اللّحم مقْصُود من شاة اللحم، والضرع مقصود من الحلوب، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقْصُودين، والله عز وجل أعلم.

وأما البَسْط فإن كان مما يختلف وجْهه وظهره، فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها لا خيار له، وإن رأى الظهر دون الوجه، فله الخيار؛ كذا روى الحسن عن أبي حنيفة.

ولو اشترى ثوباً واحداً فرأى ظَاهِره مطويًا ولم ينشره؛ فإن كان ساذجاً[1] ليس بمنقش ولا بذي علم - فلا خيار له؛ لأن رؤية ظَاهِره مطوياً تفيد العلم بالباقي، وإن كان منقشاً فهو على خِيَاره ما لم ينشره، ويرى نقشه؛ لأن النقش في الثوب المنقش مقصود، وإن لم يكن منقشاً ولكنه ذو علم فرأى علمه، فلا خيار له، وإن لم ير كله، ولو رأى كله إلا علمه فَلَه الخيار؛ لأن العِلْم في الثوب المعلم مقصود كالنقش في المنقش.

ولو اشْتَرى داراً فرأى خارجها أو بستاناً فرأى خارجه ورؤوس الأشجار - فلا خيار له؛ كذا ذكر في ظاهر الرِّواية؛ لأن الدَّار شيء واحد؛ وكذا البستان فكان رُؤْية/ البعض رؤية الكل ٣/١٥٦ب إلا أن مشايخنا قالوا: إن هذا مؤول، وتأويله ألاَّ يكون في داخل الدَّار بيوت وأبنية، فيحْصُل المقْصُود برؤية الخارج، فأما إذا كان داخلها أبنية فله الخيار ما لم ير داخلها؛ لأن الدَّاخل هو المقصود من الدار، والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم، إذا رأى كله إلا عِلْمه كان له الخيار؛ لأن العلم هو المقصود منه.

وذكر الكرخي أن أبا حنيفة عليه الرحمة أجاب على عَادَة أهل الكوفة في زمنه؛ فإن دورهم في زمنه كانَت لا تختلف في البناء، وكانت عَلَى تَقْطيع واحد وهيئة وَاحدة، وإنما كانت تَخْتَلِف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج. وأما الآن فلا بد من رؤية دَاخِل الدار وهو الصحيح؛ لاختلاف الأبنية في داخل الدور في زماننا اختلافاً فاحشاً، فرؤية الخَارِج لا تفيد العلم بالداخل، والله عز وجل أعلم.

هذا إذا كان المشتري شيئاً واحداً فرأى بعضه، فأما إن كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض، فلا يخلو: إما أن كان من المَكِيلات أو الموزونات، فرأى بعضها وقت الشِّراء؛ فإن كان في وِعَاء واحد فلا خيار له؛ لأن رؤية البعض فيها تفيد العلم بالباقي لكان رؤية البَعْض كرؤية الكل، إلا إذا وجد الباقي، بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار، لكن خِيَار العيب لا خيار الرؤية وإن كان في وعاءين؛ فإن كان الكل من جِنْس واحد، وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه:

---

(١) في أ: سادجاً.

قال مشايخ بلخ: له الخيار؛ لأن اخْتِلاف الوعاءين جعلهما كجنسين.

وقال مشايخ العراق: لا خيار له وهو الصَّحيح؛ لأن رؤية البَعْض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي، سواء كان في وعاء واحد أو في وِعاءَين بعد أن كان الكل من جنس واحد، وعلى صِفَة واحدة؛ فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين - فله الخيار بلا خلاف؛ لأن رؤية البَعْض من جِنْس وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس آخر، وعلى وصْف آخر، وإن كان من العَدَديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب، بأن اشْتَرى جماعة عبيد أو جَوَاري أو إبل أو بقر أو قطيع غنم أو جراب هروي، فرأى بعضها أو كلها إلا واحداً - فله الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل؛ لأن رؤية البَعْض من هذا الجِنْس لا تفيد العلم بما وراءه، فكأنه لم يَرَ شيئاً منه، بخلاف المكيل والموزون، لأن رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي.

ولو اشترى جماعة ثِيَاب في جراب، ورأى أطراف الكلّ أو طيّ الكل - لا خيار له إلا إذا كانت معلمة أو منقشة؛ لأنها إذا لم تكن معلمة أو منقشة، لم يكن البعض من كل واحد منها مقصوداً والبعض تبعاً، ورؤية البعض تفيد العلم بحال الباقي، فكان رؤية البعض رؤية الكُل؛ كما إذا اشترى البطيخ في السريحة[1] والرمان في القفة فرأى البعض فله الخيار؛ لأن البَعْض منها ليس تبعاً للبعض، بل كل واحد منها مقصود بنفسه، فرؤية البعض منها لا تُفِيد العلم بالباقي؛ لكونها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً فكان له الخيار.

وإن كان العدديَّات المتقاربة كالجوز والبيض، فرأى البعض منها - ذكر الكرخي أن له الخيار وألحقه بالعدديَّات المتفاوتة؛ لاختلافها في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان.

وذكر القاضي الإمام الاسبيجابي - رحمه الله - في شرحه مختصر الطَّحاوي: أنه لا خِيَار له وهو الصحيح؛ لأن التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحقٌ بالعدم عرفاً وعادة وشرعاً؛ ولهذا ألحق بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها عدداً عند أصحابنا الثلاثة، خلافاً لزفر، فكان رؤية بعضه معرفاً حال الباقي، ويحتمل[2] أن يكون الجَوَاب على ما ذكره الكَرْخي، ويفرق بين هذا وبين السلم، وهو أن البيض والجوز مما يتفاوت في الصِّغر والكبر حقيقة.

والأصل في الحقائق اعتبارها، إلا أن الشَّرع أهدر هذا التفاوت، وألحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس، ولا حاجة إلى الإهْدَار في إسقاط الخِيَار فبقي التفاوت فيه معتبراً، فرؤية البعض لا تَحْصل المقصود، وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار، والله عز وجل أعلم.

---

(١) السريحة: القطعة من الثوب. ترتيب القاموس (سرح)

(٢) في أ: ويجوز.

٣/ ١٥٧أ ولو اشترى دهناً/ في قارورة، فرأى خارج القَارُورة - فعن محمد روايتان، روى ابن سماعة عنه: أنه لا خيار له؛ لأن الرؤية من الخَارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج، وروي عنه: أن له الخِيَار؛ لأن العلم بما في داخل القارورة، لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة؛ لأن ما في الدَّاخل يتَلْون بلون القَارُورة، فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية.

وقالوا في المشتري: إذا رأى المَبيع في المرآة أن له الخِيَار، وكذا في الماء، وقالوا: لأنه لم ير عينه وإنما رأى مثاله.

والصحيح أنه رأى عين المبيع لا أن غير المَبِيع في المِرْآة والماء، بل يراه حيث هو، لكن لا على الوجه المعتاد بخلق الله تعالى فيه الرؤية، وهذا ليس ببعيد، لأن المقابلة ليست من شَرْط الرؤية، فإنا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة، ولكن قد لا يَحْصُل له العلم بهيئته لتفاوت المرآة، فيعلم بأصله لا بهيئته، فلذلك يثبت له الخِيَار لا لما قالوا، والله عز وجل أعلم، عَلى أن في العرف لا يشتري الإنسان شيئاً لم يره ليراه في المرآة أو في الماء؛ ليَحْصُل له العلم بهذا الطريق، فلا تكون رؤيته في المرآة، وإن رأى عينه مسقطة للخِيَار.

وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته في الماء. أو في المرآة، فنظر إليه بشهوة لا تثبت له حُرْمة المصَاهَرة؛ وكذا لا يصير مراجعاً للمرأة المطلقة طلاقاً رجعياً لما قلنا.

ولو اشترى سمكاً في دائرة، يمكن أَخْذُه من غير اصْطياد. وحيلة حتى جاز البيع، فرآه في الماء ثم أخذه؛ قال بعضهم: لا خيار له؛ لأنه رَأى عين السمك في الماء.

وقال بعضهم: له الخيار؛ لأن ما رآه كما هو؛ لأن الشَّيء لا يرى في الماء كما هو، بل يرى أكثر مما هو، فلم يحْصَل المقصود بهذه الرؤية، وهو معرفته كما هو فله الخيار.

وأما بيان وقت ثُبُوت الخيار فوقت ثبوت الخِيَار هو وقت الرؤية لا قبلها، حق لو أجاز قبل الرؤية ورضي به صريحاً؛ بأن قال: أجزت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى ثم رآه - له أن يرده؛ لما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرُّؤية وأجاز، لم يثبت له الخيار بعد الرُّؤية، وهذا خلاف النَّص؛ ولأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصْف، والرضا بالشيء قبل العلم به، والعلم بوجود سببه محال، فكان ملحقاً بالعَدَم.

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجوز؛ لأنه لا خيار قبل الرؤية، ولهذا لم تجز الإجَازة فلا يجوز الفسخ؛ وقال بعضهم: يجوز وهو الصحيح؛ لأن هذا عقد غير لازم، فكان محلّ الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الإعارة والإيداع، وقد خرج الجَوَاب عن قولهم: إنه لا خِيَار قبل الرُّؤية؛ لأن مِلْك الفسخ لم يثبت حكماً للخيار، وإنما يثبت حكماً؛ لعدم لزوم العَقْد والله عز وجل أعلم.

وأما بيان كيفيَّة ثبوت الخيار فقد اخْتَلف المشايخ فيه: قال بعضهم: إن خيار الرؤية بعد الرُّؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر إلى أن يوجد ما يبطله، فيبطل حينئذ وإلا فيبقى على حَالِه، ولا يتوقَّف بإمكان الفسخ، وهو اختيار الكَرْخي؛ لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اخْتِلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه.

وقال بعضهم: أنه يثبت موقتاً إلى غاية إمكان الفَسْخ بعد الرؤية، حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره، وإن لم توجد الأسباب المسقطة للخيار على ما نذكرها إن شاء الله تعالى؛ لأن من الأسباب المسقطة للخيار الرضا، والإجازة وامتناع من الفسخ بعد الإمكان دَلِيل الإجازة والرضا[1]، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) للمشتري حق فسخ البيع قبل الرؤية بموجب عدم لزومه ونقول هنا إن هذا الحق يستمر إلى حين رؤية المبيع. ثم لو رآه فرضي به فور الرؤية أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به فقد لزمه البيع وانقطع الخيار الذي ثبت له بموجب الرؤية. وهذا لا خلاف فيه. ولكنه إن رأى المبيع فسكت ولم يتصرف فيه مما حكم خيار الرؤية؟ أينقطع الخيار ويلزمه المبيع؟ أم لا ينقطع ولا يلزمه المبيع حتى يرضى به صراحة بالقول أو دلالة بالفعل؟ هنا تختلف المذاهب. فالشافعية بناء على المذهب القديم القائل بصحة بيع الغائب مع ثبوت خيار الرؤية. والحنابلة بناء على رواية عندهم بهذا المعنى أيضاً. عند كل منهما قولان.

القول الأول ـ أن خيار الرؤية ينقطع فور رؤية المشتري المبيع إذا لم يفسخ البيع. والقول الثاني: أنه لا ينقطع حتى ينفض مجلس الرؤية. وعلى كل من القولين فخيار الرؤية في المذهبين مؤقت بالرؤية أو بمجلسها.

ومذهب الحنفية مقابل لهذا المذهب. فخيار الرؤية عندهم غير مؤقت بل مثبت بالرؤية ويمتد إلى أن يرضى المشتري بالمبيع صراحة أو دلالة.

وهناك قول لبعض مشايخ المذهب أن خيار الرؤية مؤقت بعد الرؤية بزمن يتمكن فيه من الفسخ. فإذا لم يفسخ لزمه البيع وانقطع الخيار وهذا الرأي موافق للقول الأول من المذهب الأول.

أما المذهب الأول: فقد علل القول الأول منه أن هذا الخيار يسمى خيار رؤية فوجب أن يكون عندها هكذا علله بعضهم. وهو لعمري يصلح دليلاً على أن خيار الرؤية لا يكون قبل الرؤية وإنما يكون بعدها وهذا كاف في التسمية. وعلله آخرون ـ بأنه سبب ثبوت هذا الخيار هو جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل البيع لم يثبت. والجهالة تزول بالرؤية فيسقط الخيار لزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب. وكان ينبغي بناء على هذا ألا يملك الفسخ بعد الرؤية متصلاً بها لزوال سببه إلا أن ملكه لدفع الضرر عن نفسه ضرورة. وهذه الضرورة تزول بمضي وقت يتمكن فيه من الفسخ ولم يفسخ ويكفي في نقض هذا التعليل. أن سبب ثبوت هذا الخيار ليس هو الجهالة من حيث هي بل من حيث هي منبئة عن عدم الرضا. وبالاطلاع على المبيع وإن علمت أوصافه فلم يوجد الرضا بعد. لأنه في الغالب يحتاج إلى روية وإمعان ومراجعة.

وأما محاولة دفعة كما فعل الزيلعي بأن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل أنه لم يثبت قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فهي محاولة غير مجدية. لأنها ـ أولاً ـ على خلاف رأي المشايخ في المذهب في أن سبب خيار الرؤية هو جهالة الوصف وقد يعبرون عن ذلك في بعض الأحيان بعدم الرؤية والمؤدي واحد لأن المراد جهالة الوصف بسبب عدم الرؤية ـ وثانياً ـ من حيث عدم ثبوت الخيار قبل الرؤية لأن =

....

= الرؤية شرط في ثبوته لا سبب والشيء كما لا يتقدم على سببه لا يتقدم على شرطه. وعلله قوم آخرون بأنه خيار تعلقه بالرؤية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب. وهذا في نظرنا أحسن تعليل وأوجه دليل. إذ كل من خياري العيب والرؤية سبب موجود حين البيع وهو في الأول العيب وفي الثاني الجهالة وكل منهما شرطه الرؤية والاطلاع وخيار العيب يسقط فور الاطلاع على العيب فكذا ينبغي أن يسقط خيار الرؤية فور الاطلاع على المبيع. يؤيد هذا أن خيار العيب هو من جهة أخرى يثبت لجهالة المبيع عند العقد عليه كذلك. إذ بظهور العيب يتبين أن تلك الرؤية الحاصلة عند العقد لم تكن رؤية كاملة. فهما أيضاً من جهة السبب في حقيقة الأمر سيان. وإن اختلفت العبارة.

وكل ما يرد على هذا الدليل هو أنه دليل مذهبي لأنه خيار العيب عند الشافعية ـ أصحاب هذا الدليل ـ فوري. بينما هو عند الحنفية كخيار الرؤية. فكل منهما في الواقع قد بنى على مذهبه في خيار العيب.

هذا هو دليل القول الأول من مذهبي الشافعية والحنابلة وأما دليل القول الثاني منهما وهو أن الخيار يتقدر بمجلس الرؤية فلو قام عنه قبل أن يفسخ فقد لزمه البيع. فهو أن العقد على الغائب إنما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد عندها فيثبت له خيار كخيار المجلس.

هذا ولبعض الشافعية ههنا كلام في تبيان منشأ القولية في المذهب ـ المذهب القديم ـ نحكيه لطرافته قال ما حاصله ـ إذا قلنا بصحة بيع الغائب فبيع بشرط فهل العقد قبل الرؤية تام أو غير تام؟ قال بعضهم ليس بتام لأن تمامه بالرضا وهو معدوم قبل الرؤية وعلى هذا يثبت لكل منهما حق فسخ البيع وقال بعضهم هو تام فليس لواحد منهما حق فسخه ولكن يثبت لهما خيار المجلس ما داما مجتمعين ثم قال فالخلاف في خيار الرؤية مبني على هذا فمن ذهب إلى أنه ليس بتام أثبت للمشتري خياراً كخيار المجلس عند الرؤية ومن قال هو تام جعل الخيار فور الرؤية لأن خيار المجلس ثبت لهما قبل الرؤية.

وأما المذهب الثاني ـ وهو عدم توقيت خيار الرؤية وهو مذهب الحنفية فقد استدلوا له بالحديث والمعقول. فأما الحديث فحديث خيار الرؤية نفسه ـ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه. لأنه قد جعل المشتري بالخيار بعد مطلق الرؤية لم يقيدها بفورية أو غيرها فلا جرم قلنا بثبوت هذا الخيار له بعد الرؤية ودوامه إلى أن يرضى بالبيع فينقطع. فدعوى الفورية أو غيرها زيادة على النص. وأما المعقول ـ فهو أن خيار الرؤية ثبت حكماً لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا وليست الرؤية وحدها بكافية في إبطاله إنما يكون ذلك بصريح الرضا أو دلالته.

ويرد على قولهم إن الحديث مطلق فتقييده بفورية أو غيرها زيادة على النص. أنهم أول من ناقض نفسه في هذا حديث أسقطوا خيار المشتري إذا تصرف قبل الرؤية في المبيع تصرفاً لا يمكن رفعه أو يوجب حقاً للغير مع أن الحديث عام في ثبوت الخيار بعد الرؤية للمشتري سواء وجد منه مثل هذا التصرف أم لم يوجد. ولكنهم قالوا نخصه بما إذا لم يوجب موجب شرعي سقوط الخيار كالتصرف المذكور. وحاصله تقدير مخصص بالعقل.

فنقول ونحن كذلك نقيد إطلاق الحديث بالعقل من وجهين ـ الوجه الأول ـ أن الخيارات كما سبق غير مرة شرعت رخصة على خلاف القياس بدافع الحاجة. وما كان كذلك يتقدر بمقدار ما يدفع تلك الحاجة ورؤية المقصود من المبيع كافية في دفع تلك الحاجة فالزيادة عليها زيادة من غير موجب ـ الوجه الثاني ـ الأصل في عقد البيع هو اللزوم ووقت الخيار مستثنى من أوقات لزومه والأصل عدم التوسع في الاستثناء من غير مقتضى يقتضيه. والقول بثبوت الخيار للمشتري إلى ما شاء الله حتى يحصل منه الرضا بالبيع هو =

....

= في حقيقة الأمر هدم لهذا الأصل فضلاً عن كونه يضر بالبائع ضرراً بليغاً والنبي عليه الصلاة والسلام يقول «لا ضرر ولا ضرار».

ويرد على معقولهم: بأنه خيار الرؤية وإن ثبت حكماً لانعدام الرضا كما يقولون فالمقصود منه دفع مضرة المشتري وثبوت الخيار له إلى أن يرضى فيه مضرة بالبائع كذلك والضرر لا يزال بالضرر.

والواقع أن القول بانقطاع الخيار فور الرؤية فيه إجحاف كبير بالمشتري وبامتداده إلى أن يرضى بالبيع فيه ضرر بالغ بالبائع. ونرى أن تقديره بمجلس الرؤية ميزان عادل إن شاء الله تعالى.

أما وقد ثبت: ـ أن خيار الرؤية غير مؤقت عند الحنفية وأنه يمتد من الرؤية إلى أنه يوجد ما يبطله من المشتري فيتم البيع في حقه فما هو هذا الذي يبطل الخيار؟ يبطله ما يأتي. أولاً ـ الرضا الصريح وذلك بالقول كرضيت البيع وأجزته وأسقط حقي من الخيار وهكذا.

وثانياً ـ الرضا دلالة ـ كالتصرف فيه بتصرف دال على الرضا بالبيع وإمضائه في العرف والعادة. ثم هذا التصرف إن كان لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو كان يمكن رفعه ولكنه يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق أو بشرط الخيار للمشتري وحده لأن عقدة البيع أصبحت بيده وحده بعد أن خرج المبيع عن ملك البائع وكالرهن والإجارة فمثل هذا التصرف وإن أبطل خيار الرؤية فهو كذلك يبطل حق الفسخ الثابت للمشتري قبل الرؤية إن صدر منه قبلها وبمقتضى هذا يلزم العقد في حقه ولا يكون له خيار الرؤية فيما بعد.

وقد يبدو هذا عجيباً لأول وهلة. وذلك لأن الحنفية يقررون.

كما سبقت الإشارة إليه أنه لو رضي بالبيع صراحة قبل الرؤية فحقه من الفسخ لا ينقطع فإذا كان هذا حال الرضا الصريح فما بالهم أبطلوه بالرضا دلالة وهو دون الصريح؟

ولكن سرعان ما يزول هذا العجب إذا علمنا أن الحنفية يسقطون حق المشتري في الفسخ في هذه الحالة لا من حيث دلالة فعله على الرضا بدليل أنه لو تصرفا يمكن رفعه ولا يوجب للغير حقاً وهو مع ذلك دال على الرضا بالبيع عادة كركوبه الدابة المشتراة قبل أن توصف له إذا كان أعمى فإن حقه من الفسخ لا يسقط. وإنما يسقطونه من حيث زوال سلطنته على المبيع على وجه لا يمكن تداركه شرعاً. بيان ذلك.

أن التصرف المذكور تصرف صدر عن أهله في محله لملكه للمبيع في الجملة فينفذ وبعد نفوذه يتعذر فسخه لأن الغرض أنه لا يمكن رفعه أو يوجب للغير حقاً فكان من ضرورة صحة التصرف المذكور قبل الرؤية سقوط حق المشتري في الفسخ ولزوم البيع في حقه على الدوام.

أما إذا كان هذا التصرف يمكن رفعه ولا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار له وكالمساومة والهبة من غير إقباض فإنه إن صدر قبل الرؤية فلا يبطل حقه في الفسخ لأنه دون الرضا الصريح والفسخ غير متعذر.

وإن صدر بعد الرؤية أبطل خيار الرؤية لدلالته على الرضا بالبيع.

ثالثاً ـ تعيب المبيع أو هلاكه لكونه لا يعرى عن مقدمة عيب إذا ما أصابه شيء من ذلك عنده لامتناع الرد بسبب العيب وقد سبق توجيه هذا في خيار الشرط.

رابعاً ـ مما يبطل خيار الرؤية أيضاً عند الحنفية موت المشتري صاحب الخيار بناء على أصلهم من عدم توريث خيار الرؤية ومنفرد لهذا بحثاً مستقلاً إن شاء الله.

وقصارى القول فكل ما يبطل خيار الشرط عندهم يبطل خيار الرؤية. وقد ذكروا ضابط ما يبطل خيار الشرط فقالوا ـ هو أن يفعل في المبيع مالا يمتحن به أو يمتحن به ولكن لا يحل في غير ملك أو يحل ولكن فعله مرة ثانية ـ.

وأما بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع، وما لا يَسْقط ولا يلزم ـ فنقول وبالله التوفيق:

ما يسقط به الخيار بعد ثُبوته. ويلزم البيع في الأصل نوعان: اختياري وضروري، والاختياري نوعان: صَرِيح وما يجري مجرى الصريح، ودلالة. أما الصريح وما في معناه: فنحو أن يقولَ: أجزت البيْع أو رضيت أو اخترت أو ما يجرى هذا المجرى، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعْلم؛ لأن الأصل في البيع المطلق هو اللزوم وامتناع لخلل في الرضا/ فإذا أجاز وَرَضِي فقد زال المانع فيلزم، وأما الدلالة فهو أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا؛ نحو ما إذا قَبَضه بعد الرؤية؛ لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع؛ لأن للقبض شبهاً بالعَقْد، فكان القَبْض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية، وذاك دليل الرضا كذا هذا.

٣/١٥٧ب

وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض، بأن قبضه الوَكِيل وهو ينظر إليه، وكانت رؤيته كرؤية الموكل عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يَسْقط خياره بقَبْض الوَكِيل مع رؤيته، ولقب المسألة: أن الوَكِيل بالقَبْض يملك إسقاط خِيَار الرؤية عنده وعندهما: لا يملك[1].

= وليس كل ما يبطل خيار الرؤية يبطل خيار الشرط. فإنه لو قبض المبيع وهو يراه بطل خيار الرؤية لدلالة هذا القبض عادة على الرضا ولكنه لا يبطل خيار الشرط لأنه الاختبار الذي هو مقصود من شرط الخيار لا يمكن عادة إلا مع القبض.
ومن هذا يظهر أن الحنفية توسعوا فيما يبطل خيار الرؤية فراراً من تضرر البائع بثبوته للمشتري حتى يحصل منه ما يدل على الرضا بتوسعهم هنا فيما يدل عليه.
ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

(١) من ضمن ما يسقط خيار الرؤية من التصرفات الدالة على الرضا أن يقبض المشتري المبيع وهو يراه.
والوكيل بالشراء قبضه كقبض الموكل نفسه فالقبض منه مع الرؤية يسقط خياره ومع عدمها لا يسقطه. لأن القبض من حقوق العقد وهي ترجع إليه.
والرسول سواء كان رسولاً بالشراء أو بالقبض لا يكون قبضه كقبض المشتري لأنه أجنبي عن العقد وليس نائباً عن العاقد حتى يكون كشخصه وإنما هو مأمور بأداء رسالة فقط. وهذا لا خلاف فيه في المذهب الحنفي.
وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض هل يكون قبضه كقبض الموكل؟
للوكيل بالقبض حالان. الحال الأولى أن يقبض المبيع وهو مستور ففي هذه الحالة لا يكون قبض مسقطاً لخيار موكله ـ المشتري ـ لأن موكله نفسه لو قبض كذلك لا يسقط خياره.
فإن رآه بعدما قبضه فقال رضيت البيع أو أسقطت خيار موكلي لم يسقط خيار موكله بهذا القول منه لأنه =

....

= إنما وكل بالقبض وقد حصل منه قبل فانتهت مأموريته فيكون هذا القول منه تصرفاً في غير ما وكل فيه.
الحال الثانية - أنه يقبض المبيع وهو يراه. فهذا القبض هو الذي اختلفت فيه آراء الفقهاء في المذهب. تبعاً لاختلاف وجهات النظر.
فأبو حنيفة يرى أن الوكيل بالقبض لو قبض المبيع وهو يراه كان قبضه هذا ، مقطاً لخيار الموكل كقبض الموكل نفسه فلا يجوز له فسخ البيع بعد ذلك من حيث خيار الرؤية والصاحبان يريان قبضه في هذه الحالة كقبض الرسول لا يسقط حق الموكل في الفسخ.
وجهة أبي حنيفة أن القبض نوعان تام وناقص فالأول يكون بقبض المبيع مرئياً والثاني يكون بقبضه مستوراً. وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة ونقصانه بنقصانها. وهي لا تتم مع بقاء خيار الرؤية. وهو إنما يبقى في حال قبض المبيع مستوراً. والموكل لما كان مالكاً للقبض بنوعية وقد أطلق الوكالة للوكيل بالقبض كان الوكيل كذلك مالكاً للقبض بنوعية بإطلاقه الوكالة المقتضي تمليك الوكيل ما يملكه الموكل.
فيكون قبض الوكيل بالقبض المبيع وهو يراه قاطعاً للخيار ولا فرق عنده بين الوكيل بالقبض وبين الموكل إلا في حالة واحدة وهي قبض المبيع مستوراً للموكل. إذا رأى المبيع أنه يسقط خياره وليس ذلك للوكيل بالقبض لانتهاء وكالة بالقبض. وهو في حقيقة الأمر ليس يفرق لأن الوكيل بعد القبض انتهى سلطانه الذي استمده من موكله فليس له أن يسقط الخيار بعد ذلك لكونه تصرفاً مقصوداً في حق غيره بلا ولاية منه.
وهذا بخلاف قبض الوكيل المذكور المبيع وهو يراه حيث يسقط قبضه هذا خيار موكله. لأن الاسقاط في هذه الحالة ثبت ضمناً لا قصداً لكونه من متممات القبض التام وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً.
ووجهة الصاحبين - هي أن الوكيل بالقبض وكل بالقبض دون الاسقاط فلا يملك ما لم يوكل فيه وحيث لم يملكه لم يثبت عن فعله لأنه فرع الملك. فلا يكون قبضه. على أي حال كان هذا القبض. مسقطاً لخيار الموكل وهل قبض الوكيل هنا إلا كقبضه المبيع معيباً وهو يرى العيب ويعاينه حيث قلنا متفقين إن قبضته هذا لا يسقط حق موكله في رد المبيع بالعيب؟
ولكن يرد على هذا القياس أن تمام الصفقة في خيار العيب لا يتوقف على سقوطه بدليل أنه لا يرد المبيع إلا برضا البائع أو قضاء القاضي. فالصفقة فيه تامة مع ثبوته والقبض التام لا يتوقف إلا على تمام الصفقة.
فلا منافاة بين كون القبض تاماً وبين بقاء خيار العيب وهذا بخلاف خيار الرؤية فإن بقاءه مع كون القبض تاماً لا يتصور. يؤيد هذا أنه خيار العيب.
شرع كأثر لحق المطالبة بالجزء الفائت بسبب العيب والتوكيل بالقبض لا يستلزم إسقاط هذا الجزء.
بخلاف التوكيل بالقبض في خيار الرؤية فإنه يستلزم سقوط الخيار في صورة القبض التام. والذي يبدو لي من كتب المذهب الحنفي أنها تكاد تكون مجمعة على ترجيح رأي أبي حنيفة على رأي الصاحبين والذي نستظهره - والله أعلم - هو رأي الصاحبين لنفس الدليل الذي ذكراه. يؤيده في نظري أنا إنما قلنا إن الصفقة تتم بقبض المشتري المبيع وهو يراه لدلالة هذا القبض منه على الرضا بالبيع وقبض الوكيل بالقبض لا يقوم مقامه قبض هو في هذا كما أن نفس التوكيل لا يدل على الرضا منه بالبيع فلا يصح أن نلزمه شيئاً لم يرض به. لا يقال إن الوكيل بالقبض إذا قبض المبيع وهو يراه يعد راضياً به. لأن الاعتبار إنما هو برضا الموكل لأن العاقد أما الوكيل بالقبض فأجنبي عن العقد.
ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

وأجمعوا على أن الرَّسول بالقبض لا يملك، وأجْمَعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤية الموكل، وأجْمَعوا على أن الرَّسول بالشِّراء لا يملك، ولا تكون رؤيته رؤية المرسل، ويثبت الخيار للمُرْسل إذا لم يره.

وجه قولهما: أن الوكيل متصرّف بحكم الأمر، والمتصرف بحكم الأمر لا يتعدى إلى مورد الأمر، وهو وكيل بالقَبْض لا بإسقاط الخيار، فلا يملك إسقاطه، ولهذا لا يملك إسْقَاط خيار العَيْب ولا خيار الشرط. وكذا الرسول لا يملك فكذا الوَكيل.

ولأبي حنيفة: أنه وكيل بالقَبْض لكن بقبض تام؛ لأن الوكيل بالشيء وكيل بإتمام ذلك الشَّيء؛ ولهذا كان الوكيل بالخُصُومة وكيلاً بالقبض، وتمام القبض بإسقاط الخيار؛ لأن خيار الرؤية يمنع تَمَام القبض؛ ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لأنه غير مقبوض.

وقد خرج الجَوَاب عن قولهما: أنه وكيل بالقَبْض، لا بإبطال الخيار؛ لأن الوكيل عنده لا يملك إبطال الخيار مقصوداً لأن الموكل لا يمْلِك ذلك فكيف يملكه الوكيل، وإنَّما يبطل في ضمن القبض؛ بأن قَبَضه وهو ينظر إليه حتى لو قبضه مستوراً، ثم أراد بطلان الخيار لا يَمْلِكه، والشيء قد يثبت ضمناً لغيره وإن كان لا يثبت مقصوداً كعزل الوَكِيل وغيره، بخلاف خيار العيب؛ لأنه لا يمنع تمام القبض.

ألا ترى أنه يملك التفريق بعد القَبْض؛ وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعاً للعقد من الأصل بخلاف الرد قبل القَبْض، وبخلاف خيار الشرط؛ لأنه يثبت للاختبار والقبض وسيلة إلى الاختبار، فلم يصْلُح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية إنما يثبت بخلل في الرضا، والقبض مع الرؤية دليل الرِّضا على الكمال، فأوجب بطلان الخيار، وبخلاف الرَّسول بالقبض؛ لأنه نائب في القبض عن المرسل، فكان قَبْضه قبض المرسل، فكان إتْمَام القبض إلى المرسل.

وأما الوكيل فأصل في نفس القبْض، وإنما الواقع للموكل حكم فعله، فكان الإتمام إلى الوكيل؛ وكذا إذا تصرَّف فيه تصرف الملاك؛ بأن كان ثوباً فقطعه أو صبغه أحمر أو أصفر أو سويقاً فلتَّه بسمن أو عسل، أو أرضاً فبنى عليها أو غرس أو زرع، أو جارية فوطئها أو لَمَسها بشهوة أو نظر إلى فَرْجِها عن شهوة، أو دابَّة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك؛ لأن الإقْدام على هذه التصرُّفات دلالة الإجازة والرضَا بلزوم البيع والملك به؛ إذ لو لم يكن به وفَسْخ البيع، لتبين أنه تصرف في ملك الغَيْر من كل وجه أو من وجه، وأنه حرام، فجعل ذلك إجازة منه صيانة له عن ارْتِكَاب الحرام.

وكذا إذا عرضه على البيع باع أو لم يبع؛ لأنه لما عرضه على البيع ـ فقد قصد إثبات

الملك اللازم للمشتري، ومن ضَرُورته لزوم الملك له ليمكنه إثباته لغيره. ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يسقط والصَّحيح قول أبي يوسف؛ لأن سُقُوط الخيار ولُزُوم البيع بالعرض؛ لكون العرض دلالة الإجازة والرضا، ودلالة الإجَازَة دون صريح الإجازة، ثم لو صرح بالإجازة في البعض، لم يجز ولم يسقط خِيَاره لما فيه من تفريق الصَّفقة على البائع قبل التمام، فلأن لا يسقط بدلالة الإجَازَة أولى.

وكذا لو وهبه سلم أو لم يسلم، لأن الثابت بالهبة لا يعود إليه إلا بقرينة القضاء أو الرضا، فكان الإقدام عليها دلالة قصد إثبات الملك اللازم/ فيقتضي لزوم الملك للواهب؛ ٣/١٥٨أ وكذا إذا رهنه وسلم أو آجره؛ لأن كل واحد منهما عقد لازم في نفسه، والثَّابت بهما حق لازمٌ للغير؛ وكذا إذا كاتبه لأنَّ الكتابة عقد لازم في جانب المكاتب والثابت بها حقٌ لازم في حقه؛ وكذا إذا بَاعَه أو وهبه وسلم؛ وكذا إذا أعتقه أو دبره أو استولده؛ لأن هذه التصرُّفات لازمة، والثابت بها ملك لازم أو حق لازم، فالإقدام عليها يكون إجَازَة والتزاماً للعقد دلالة.

[ولو باع بشرط الخيار للمشتري يسقط خياره][1] ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسْقُط خياره في رواية، وفي رواية: يسقط وهي الصحيحة؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البَيْع، بل فوقه، ثم العرض على البيع يسقط الخيار، فهذا أولى.

وكذا لو أخرج بَعْضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه؛ لأن رد الباقي تفريق الصفقة على البَائِع قبل التَّمام؛ لأن خيار الرُّؤية يمنع تمام الصفقة؛ لأنه يمنع تَمَام الرضا؛ وكذا إذا انتقص المعقود عليه بفعله، والله عز وجل أعلم.

وأما الضروري فهو كل ما يسْقُط به الخيار، ويلزم البَيْع من غير صنعه؛ نحو موت المشتري عندنا، خلافاً للشافعي ـ رحمه الله ـ، والمسألة قد مرت في خيار الشرط، وكذا إجارة أحد الشريكين[2] فيما اشْتَرياه ولم يرياه دون صاحبه عند أبي حنيفة، وقد ذكرنا المسْأَلة في خِيَار العيب.

وكذا إذا هلك بَعْضُه أو انتقص؛ بأن تعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبي حنيفة ومحمَّد ـ رحمها الله ـ، أو ازداد في يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة، متولّدة أو غير متولّدة على التَّفصيل والاتفاق والاخْتِلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب.

والأصل أن كل ما يبطل خيار الشَّرط والعيب، يبطل خيار الرؤية، إلا أن خيار الشرط

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: الشركين.

والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرُّؤية لا يسْقط بصريح الإسقاط، لا قبل الرؤية ولا بعدها.

أما قبلها فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لا خيار قبل الرُّؤية؛ لأن أوان ثُبُوت الخيار هو أوان الرُّؤية، فقبل الرؤية لا خِيَار، وإسقاط الشَّيء قبل ثبوته وثبوت سببه محالٌ، وأما بعد الرؤية فلأن الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين؛ لأن ركن العقد مُطْلَق عن الشرط نصًّا ودلالة، وإنما يثبت شرعاً لحكمة فيه، فكان ثابتاً حقاً لله تعالى.

وأما خيار الشرط والعيب فثَبَت باشتراط العَاقِدين، أما خيار الشرط فظاهر؛ لأنه منصوص عليه في العقد؛ وأما خيار العَيْب فلأن السلامة مشروطة في العقد دلالة، والثابت بدلالة النص كالثابت بصَرِيح النص، فكان ثابتاً حقاً للعبد، وما ثبت حقاً للعبد يحتمل السُّقوط بإسقاطه مقصوداً؛ لأن الإنسان يملك التصرُّف في حق نَفْسه مقْصوداً استيفاء وإسقاطاً.

فأما ما ثبت حقاً لله تعالى فالعَبْد لا يملك التصرُّف فيه إسقاطاً مقصوداً؛ لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصوداً، لكنه يتحمل السُّقوط بطريق الضرورة؛ بأن يتصرف في حقّ نفسه مقصوداً، ويتضمّن ذلك سقوط حق الشرع، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرُّف في حق نفسه؛ كما إذا أجاز المشتري البيع ورضي به بعد الرؤية نصاً أو دلالة، بمباشرة تصرُّف يدل على الرضا والإجازة؛ لأنه وإن ثبت حقاً للشَّرع لكن الشَّرع أثبته نظراً للعبد، حتى إذا رآه وصلح له أجازه وإن لم يصْلُح له رده؛ إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة، فكان المشتري بالإجازة والرِّضا متصرفاً في حق نفسه مقصوداً.

ثم من ضرورة الإجازة لزوم العَقْد، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار، فكان سقوط الخيار من طَرِيق الضَّرورة بالإسقاط[1] مقصوداً، ويجوز أن يثبت الشيء بطريق الضرورة.

وإن كان لا يثبت مقصوداً؛ كالوكيل بالبيع إذا عَزَله الموكل ولم يعلم به ـ فإنه لا ينعزل، ولو باع الموكل نفسه ينْعَزِل الوكيل، كذا هنا.

٣/١٥٨ب ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية، أو عَرَضه على البيع أو/ وهبه ولم يسلم، أو كان للمشتري دار فبيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة ـ فهو على خياره؛ لأن هذه التصرفات دلالة الرِّضا، وهذا الخيار قبل الرُّؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى ألاَّ يسقط، وإنما يسقط بتعذُّر الفَسْخ بأن أعتق أو دبر أو باع أو آجر أو رهن وسلم.

---

(١) في ط: لا بالإسقاط.

أما الإعتاق والتدبير، فلأنَّ كل واحدٍ منهما وقع صحيحاً لمصادفته محلاً مملوكاً، وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسْخ، فتعذَّر فسخ البيع لتعذر فسخهما.

وأما البيع والإجارة والرهن؛ فلأنها تصرُّفات لازمة أوجب بها ملكاً لازماً أو حقاً لازماً للغير، على وجه لا يملك الاسْتِرداد، فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه؛ لأن الفسْخ إذا تعذر لم يكن في بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة. ولو باع أو رهن أو آجر ثم ردّ عليه بعيب بقَضَاء القاضي، أو افتك الرهن أو انقضت مدة الإجارة لا يَعُود الخيار؛ كذا رُوِي عن أبي يوسف؛ لأن خيار الرؤية بعدما سقط لا يعود إلا بسَبَب جديد بخلاف خيار العَيْب، وعلى هذا إذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشَرط الخيار للمشْتَري قبل الرؤية - يلزم البيع لأن هذه عقود لازمة أوْجَبت حقوقاً لازمة.

أما الكتابة فلأنها عقد لازمٌ في حق المكاتب، حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب، وكذا البيع بشَرْط الخيار للمشتري لأنه لازم في جانب البائع. وأما الهبة؛ فلأن الملك الثابت بها ملك لا يحْتَمل العود إليه إلا بقضاء أو رضا، فكان في معنى اللازم، وإذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرُفات، وتعذُّر الفسخ يوجب اللُزوم ويسْقط الخيار ضَرُورة عدم الفائدة، بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار لنفسه؛ لأنه ليس بتصرف لازم في حقِّه، وكذا الهبة من غير تَسْليم والعرض على البيع، والله عز وجل أعلم.

ثم ما ذكرنا من سُقُوط الخيار ولزوم البيع برضا المشتري إذا رأى كل المبيع فرضي به، فأما إذا رأى بعضه دون بعض فهل يسْقُط خياره؟ فتَفْصيل الكلام فيه على النحو الذي ذكرنا فيما إذا رأى بعض المبيع دون بَعْض وقت الشراء، فكل ما يمنع ثبوت الخِيَار هناك يسقط بعد ثُبوته هٰهنا، وما لا فلا، وفيما وَرَاء ذلك لا يختلفان، والله عز وجل أعلم.

وعلى ذلك يخرج ما إذا اشترى مغيباً في الأرض؛ كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الأرض، فقلع بعْضَه ورضي بالمقلوع - أنه لا يسقط خياره عند أبي حنيفة، حتى إنه إذا قلع الباقي كان على خِيَاره، إن شاء رد الكل وإن شاء أمْسَك الكل.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قلع شيئاً مما يستدلّ به على الباقي، ورضي به المشتري فهو لازم. وجه قولهما: أنه إذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كرؤية كله، فكأنه قلع الكل ورضي به؛ كما إذا اشْتَرى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره، كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة: أن هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرَّداء اختلافاً فاحشاً، فرؤية البَعْض منها لا تفيد العِلْم بحال البقية، فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة، ولو قطع المشْتَري الكل بغير إذن البائع سقط خياره؛ لأنه نقص المعقود عليه بالقلع؛ لأنه كان

ينْمُو في الأرض ويزيد ولا يتسارع إليه الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتَسَارع إليه الفساد، وانتقاص المعقود عليه في يد المشْتَري بغير صنعه يسْقُط الخيار ويلزم البيع، فبصنعه أولى.

وكذا إذا قلع بَعْضَه بغير إذنه؛ لأنه نقص بعض المَبِيع، وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد البَاقِي فبصنعه أولى.

وإن قلع كله بإذن البائع أو بعضه، أو قلع الباقي بنفسه - لم يذكر الكرخي هذا الفصل وينبغي ألاَّ يختلف الجَوَاب فيه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد؛ كما في البيع بشرط الخيار للمشتري إذا انتقص المَبِيع بفعل البائع - أنه يسقط خيار المشتري عندهما، وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: لا يسقط.

٣/ ١٥٩أ وروى/ بشر عن أبي يوسف: أن المشتري إذا قلع البعض بإذن البائع، أو قلع البائع بعضه - أنه ينظر إن كان المعيب مما يباع بالكيل أو الوَزْن بعد القلع، فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضي به - يلزم البيع ويسقط خياره؛ لأن الرضا ببعض المكيل بعد رُؤْيته رضا بالكلِّ؛ لأن رؤية بعضه تعرف حال الباقي، إلا إذا كان المقلوع قليلاً لا يدخل تحت الكيل، فلا يسْقُط خياره [بقلعه][1] لأن قلعه والترك بنزلة واحدة، فكأنه لم يقلع منه شيئاً.

وإن كان ما يباع عدداً كالسلق والفجل ونحوها، فَقَلع بعضاً منه - فهو على خياره؛ لأن رؤية البعض منه لا تُفِيد العلم بحال الباقي؛ للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجِنْس، فلا يحصل المقْصُود برؤية البعض، فيبقى على خياره. وقال أبو يوسف: إذا اختلف البائع والمشْتَري في القلع، فقال المشتري: إني أخاف إن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد، وقال البائع: إني أخاف إن قلعته لا ترضى به، فمن تطوّع منهما بالقَلْع جاز؛ وإن تشاحا على ذلك، فسخ القاضي العقد بينهما؛ لأنهما إذا تشاحا فلا سَبِيل إلى الإجبار؛ لما في الإجبار من الإضرار فتعذر التسليم، فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيفسخ، والله عز وجل أعلم. هذا الذي ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حَقِّ البصير، فأما الأعمى إذا اشترى شيئاً وثبت له الخيار - فإن خِيَاره يَسْقط بما ذكرنا من الأسباب المسقطة، لكن بَعْدَ ما وجد منه ما يقُوم مقام الرؤية، وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشمّ فيما يشم والوصْف فيما يوصف، كالدار والعقار والثمار على رؤوس الأشجار ونحوها إذا كان المَوْصُوف على ما وصف، وكان ذلك في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير.

وروي عن الحسن بن زياد أنه قال: يَوكل بَصِير بالرؤْية، وتكون رؤْية الوكيل قائمة مقام رؤيته.

(١) سقط في ط.

وروى هشام عن محمد: أنه يقوم من المبيع في مَوْضع لو كان بصيراً لرآه، ثم يوصف له؛ لأن هذا أقصى ما يمكن؛ ولو وصف له فرضي به ثم أبصر، لا يعود الخيار، لأن الوصف في حقه كالخلف عن الرُّؤية لعجزه عن الأصْل [وهو الرؤية][1] والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حُكم الخلف؛ كمن صلى بطَهَارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك.

ولو اشترى البَصِير شيئاً لم يره، حتى ثبت له الخِيَار ثم عمي ـ فهذا والأعمى عند الشراء سواء؛ لأنه ثبت له خِيَار الرؤية وهو أعمى، فكانت رؤيته رؤية العميان وهي ما ذكرنا، والله عز وجل أعلم.

وأما بيان ما ينْفَسِخ به العقد، فالكلام في هذا الفصل في موضعين: أحدهما: في بيان ما ينفسخ به العَقْد، والثاني: في بيان شرائط صحَّة الفسخ.

أما الأول فما ينفسخ به العقد نَوْعان: اختياري، وضروري.

فالاختيار هو أن يقول: فَسَخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجري هذا المجرى، والضروري: أن يهلك المبيع قبل القَبْض.

وأما شرائط صحته: فمنها قيام الخِيَار؛ لأن الخِيَار إذا سقط لزم العَقْد، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ.

ومنها ألاّ يتضمّن تفريق الصفقة على البَائِع، وإن تضمن بأن ردّ بعض المبيع دون البعض لم يصحّ؛ وكذا إذا رد البعض وأجاز[2] البيع في البعض ـ لم يجز، سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده؛ لأن خِيَار الرؤية يمنع تمام الصفقة، فكان هذا تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها، وأنه باطل.

ومنها علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: ليس بشَرْط، وقد ذكرنا دلائل المسألة في خيار الشرط.

وأما قضاء القاضي أو التَّراضي فليس بشرط لصحَّة الفسخ بخيار الرؤية؛ كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط، فيصح من غير قَضَاء ولا رضا قبل القبض، وبعده بخلاف خيار العيب، وقد ذكرنا الفرق فيما تقدَّم، والله عز وجل أعلم.

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: واختار.

وأما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شَرْط من شرائط الصحة، وقد ذكرنا شرائط الصحة في مواضعها.

٣/١٥٩ب وأما حكمه: فالكَلاَم في حكمه يقع في ثلاث مواضع:/ أحدها في بيان أصْل الحكم، والثاني في بيان صِفَته، والثالث في بيان شرائطه. أما أصل الحُكْم فهو ثُبوت الملك في الجملة عندنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: لا حكم للبيع الفاسد، فالبيع عنده قِسْمان: جائز وباطل لا ثالث لهما، والفاسد والباطل سواء، وعندنا: الفاسد قسم آخر وراء الجائز والبَاطِل، وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات أن الفَرْض والواجب سواء، وعندنا: هما قسمان حقيقة على ما عرف في أصُول الفقه وجه قوله: أن هذا بيع منهي عنه، فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدّم، ودلالة الوصْف ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لاَ تَبِيعُوا الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ وَلاَ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ**»[1]

وروي أنه عليه الصلاة والسلام: «**نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ**»[2].

---

(١) أخرجه أحمد (٢/١٠٩)

قال: «حدثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن أبي جناب عن أبيه عن ابن عمر. . . فذكره وفيه قصة.

وهذا إسناد ضعيف؛ من أجل أبو جناب، وهو يحيى بن أبي حية ضعفوه لكثرة تدليسه «التقريب» (٧٥٨٧) وأبوه لا يعرف «التقريب» (٨١٢٩).

والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١١٦)، وقال: رواه أحمد والطبراني في الكبير وفيه أبو جناب وهو ثقة لكنه يدلس.

وذكره أيضاً الزيلعي في «نصب الراية» (٤/٤٨)، وقال: أخرجه الطبراني أيضاً عن محمد بن دينار الطاحي ثنا يونس بن عبيد عن زياد بن جبير عن ابن عمر نحوه سواء. قال البيهقي في «المعرفة»: ومحمد بن دينار هذا ضعفه من معين، وقال الترمذي: سألت البخاري عن هذا الحديث، فقال: إنما يروى عن زياد بن جبير عن النبي ـ ﷺ ـ مرسلاً. اهـ.

قلت لصدر الحديث «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين» شاهد صحيح: أخرجه مسلم (٦/١٣) كتاب المساقاة، باب: الربا، حديث (٧٨/ ١٥٨٥ ـ النووي):

والبيهقي (٥/٢٧٨) كتاب البيوع، باب: «تحريم التفاضل في الجنس الواحد مما يجري فيه الربا مع تحريم النساء».

والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/٣٩٣).

والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٦٦) وابن عبد البر في التمهيد (٢/٢٤٥).

(٢) تقدم.

وروي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال لعتاب بن أسيد حين بعثه إلى مكة: «**انْهَهُمْ عَنْ أَرْبَعٍ: عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا، وعَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ، وعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ**»[1].

وروي أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال: «**لاَ تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ**»[2] ونحو ذلك، والمنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك؛ لأن الملك نعمة، والحَرَام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة؛ ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدَّم فكذا هذا.

ولنا: أن هذا بيع مَشْروع فيفيد الملك في الجملة استدلالاً بسائر البياعات المشروعة، والدَّليل على أنه بيع أن البيع في اللُّغة مبادلة شيء مرغُوب بشيء مرغوب، مالاً كان أو غير مال؛ قال الله سُبْحانه وتعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلاَلَةَ بِالْهُدَى﴾ [البقرة: ١٦] سمي مبادلة الضلالة بالهُدَى اشتراء وتجارة، فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ﴾ [البقرة: ١٦] والتِّجارة مبادلة المال بالمال، قال الله عز شأنه: ﴿إِنَّ اللهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ﴾ [التوبة: ١١١] سمى سبحانه وتعالى مبادلة الأنفس والأموال بالجنة اشتراء وبيعاً، حيث قال تعالى في آخر الآية: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ﴾ [التوبة: ١١١] وفي عرف الشَّرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد فكان بيعاً.

والدليل على أنه مشروع: النُّصوص العامة المطْلَقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧] وقوله عز شأنه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء:٢٩] ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً؛ فمن ادَّعى التخصيص والتقييد، فعليه الدليل.

ولنا: الاستدلال بدلالة الإجْمَاع أيضاً؛ وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفَاسِدة مشروع ومفيد للملك، وقران هذه الشُّروط بالبيع ذكراً لم يصح، فالْتَحَقَ ذكرها بالعدم إذ الموجود الملْحق بالعَدَم شرعاً، والعدم الأصلي سواء، وإذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن المفْسد، والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع، وهذا استِدْلاَل قوي.

وأما النهي فالجواب عن التعلُّق به: أن هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه؛ لوجوه ثلاثة:

أحدهما: أن شرعيَّة أصل البيع حقيقته[3] ثبت معقول المعنى، وهو أنه سبب لثبوت

---

(١) تقدم. (٢) تقدم.

(٣) في ط: وجنسه.

الاختصاص، واندفاع المنَازَعة وأنه سبب بقاء العالم إلى حين؛ إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشّرب والسّكنى واللّباس، ولا سَبِيل إلى استبقاء النَّفس بذلك إلا بالاخْتِصاص به واندفاع المنازعة، وذلك سبب الاختصاص وانْدِفاع المنازعة وهو البيع.

ولا يجوز ورود الشَّرع عما عرف حسنه أو حسن أصْله بالعقل؛ لأنه يؤدي إلى التناقض؛ ولهذا لم يجز النهي عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات؛ لثبوت حسنها بالعقل، فيحمل النهي المضَاف إلى البَيْع على غيره ضرورة.

والثاني: إن سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة، لكن حمله على الغَيْر هٰهنا أوْلَى من وجهين:

أحدهما: أنه عمل بالدَّلائل بقدر الإمكان.

والثاني: أن في الحمل على البيع نسخ المشروعية، وفي الحَمْل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز، ولا شك أن الحمل على المجَاز أولى من الحَمْل على التناسخ؛ لأن/ الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام، ونسخ المشْروعيَّة نسخ الحكم، والحكم هو المقصود والكلام وسيلة، ونسخ الوسيلة أولى من نَسْخ المقصود والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٦٠أ

وأما صفة هذا الحكم فنقول: له صِفَات: منها أنه ملك غير لازم، بل هو مستحق الفسخ، فيقع الكلام في هذه الصِّفة في مواضع: في بيان أن الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ، وفي بيان من يَمْلك الفَسْخ، وفي بيان ما يكون فسخاً، وفي بيان شرط صحة الفسخ، وفي بيان ما يَبْطل به حق الفسخ بعد ثبوته.

أما بيان أن الثابت بهذا البيع أوجب الفسخ؛ فهو أن البَيْع وإن كان مشروعاً في ذاته، فالفساد مقترن به ذكراً، ودفع الفساد واجب ولا يمكن إلا بِفَسْخ العقد، فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه، حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسْخ البيع لا يفسخ؛ كما إذا كان الفساد لجَهَالة الأجل فأسْقَطاه يسقط، ويبقى البيع مشروعاً كما كان؛ ولأن اشْتِراط الرِّبا وشرط الخيار مجهول، وإدخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك مَعْصية، والزجر عن المعْصية واجب، واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية، لأنه إذا علم أن يفْسخ، فالظاهر أنه يمْتَنع عن المباشرة.

وأما بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق: الفساد لا يخْلو إما أن يكون راجعاً إلى البدل؛ بأن باع بالخمر والخنزير، وإما أن لم يكن راجعاً إليه؛ كالبيع بشرط منفعة زائدة لأحد العاقدين أو إلى أجل مجهول، والحال لا يخلو: إما أن كان قبل القَبْضِ، وإما أن كان بعده؛

فإن كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفَسْخ من غير رضا الآخر كيفما كان الفساد؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القَبْض، فكان الفَسْخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والإيجاب، فيملكه كل واحد منهما كالفَسْخ بخيار شرط العَاقِدين.

وإن كان بعد القبض؛ فإن كان الفساد راجعاً إلى البدل، فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء؛ لأن الفسَاد الرَّاجع إلى البدل فَسَاد في صلب العقد.

ألا ترى أنه لا يمكن تَصْحيحه، لحذف[1] هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين، فكان الفساد قوياً، فيؤثر في صُلْب العقد بسلب اللّزوم عنه، فيظهر عدم اللزوم في حقِّهما جميعاً، ولو لم يكن راجعاً إلى البدل، فقد ذكر الإمام الأسبيجابي[2] في شرحه مختصر الطحاوي: أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافاً؛ لأن الفساد الذي لا يرجع إلى البَدَل لا يكون قوياً؛ لكونه محتملاً للحَذْف والإسقاط، فيظهر في حقِّ صَاحب الشَّرط لا غير، ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حقّ صاحبه.

وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة: فقال في قَوْل أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ: يملك كل واحد منهما الفَسْخ، وعلى قَوْل محمد ـ رحمه الله ـ: حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير.

وجه قوله على نحو ما ذكرنا: أن من له شَرْط المنفعة قادر على تصْحِيح العقد بحذف المفسد وإسقاطه، فلو فسخ الآخر لأبطل حقّه عليه، وهذا لا يجوز.

وجه قولهما: أن العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفَسَاد، بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعاً للفساد، وقوله: المفسد ممكن الحذف فنعم، لكنه إلى أن يحْذف فهو قائم، وقيامه يمنع لزوم العقد، وبه تبين أن الفَسْخ من صاحبه ليس بإبْطَال لحق صاحب الشرط؛ لأن إبطال الحق قبل ثبوته مُحَال.

وأما بيان ما يكون فسخاً لهذا العَقْد ففسخه بطريقين: قول وفعل، فالقول هو أن يقول: من يملك الفَسْخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك، فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج إلى قَضَاء القاضي ولا إلى رضا البائع، سواء كان قبل القبض أو بعده؛ لأن هذ البيع إنما استحقَّ الفسخ حقاً لله عز وجل، لما في الفسخ من رفع الفساد، ورفع الفساد حق الله تعالى على الخُلُوص، فيظهر في حق الكل، فكان فسخاً في حق الناس كافة، فلا تقف صحَّته على القضاء ولا على الرضا.

---

(١) في ط: بخلاف. (٢) في أ: الاستيجابي.

٣/ ١٦٠ب والفعل هو أن يردّ المبيع على بائعه على أي وجهٍ/ ، ما رده ببيع أو هبة أو صدقة أو إعادة أو إيداع؛ بأن باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه إياه ـ يبرأ المشتري عن الضمان؛ لأن يستحقّ الردّ على البائع، فعلى أي وجه ما رده يقع عن جِهَة الاستِحْقَاق بمنزلة رد العارِية والوديعة ـ أنه يكون فسخاً [للعارية][١] والوَدِيعة بأي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا.

وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسَلَّمه إليه؛ لأن حكم البيع يقع لموكّله وهو البائع، فكأنه باعه للبائع، ولو باعه المشتَري من عبد بائعه وهو مأذون له في التِّجارة، فإن لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع، ولا يبرأ عن المشتَري ضمانه حتى يصل إلى البائع؛ لأنه إذا لم يكن عليه دينٌ فحكم تصرفه وقع للمولى، فكان بيعاً من المولى، وإن كان عليه دين لا يكون فسخا للبيع ويتقرر الضمان على المشتري؛ لأنه إذا كان عليه دين فحكم تصرُّفه لا يقع للمولى؛ فلم يكن ذلك بيعاً من المولى، فصار كما إذا باعه من أجنبي.

ولو اشترى من عبد مأذون لإنسان شيئاً منه شراء فاسداً وقبضه، ثم إنه باعه من مولاه، فإن لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع؛ لأنه يكون مشتَرياً من المولى كأنه اشتراه من مولاه ثم باعه منه؛ فإن كان عليه دين، لم يكن فَسْخاً؛ لأنه يكون مشترياً منه لا من مولاه، فكأنه اشترى من أجْنَبي وباعه من مولاه؛ ولو باعه من المشتري من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع، وتقرر الضمان على المشتري، بخلاف ما إِذَا بَاعَه من وكِيلِ بائعه بالشراء ـ أنه يكون فسخاً.

ووجه الفرق: أن الوكيل بالشُّراء يتصرف لموكله [لا][٢] لنفسه، ألا ترى أن حكم تصرفه يقع لموكله لا له، فنزل منزلة البيع من الموكّل وذلك فسخ، فأما المضارب فمتصرف لنفسه، ألا ترى أن الربح مشترك بينهما، فكان بمَنْزلة الأجنبي، ولو كان البائع وكيلاً لغيره بالشراء، فاشتري المشتري شراء فاسداً لموكله ـ لم يكن فسخاً للبيع؛ لأن حكم الشراء يقع لموكّله لا له، ووجَبَ عليه الثمن، وللمشتري وتقرر على المشتري ضمان القيمة، ويلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة في الاستيفاء، ويترادان الفضل إن كان في أحَدِهما فضل، والله عز وجل أعلم.

وأما شرط صحة الفَسْخ فهو أن يكون الفسْخ بمحضر من صاحبه، ذكره الكرخي، ولم يذكر الاختلاف فيه، وذكر القَاضي الإمام الأسبيجابي[٣] ـ رحمه الله ـ في شرحه مختصر الطحاوي: أن هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: ليس بشرط وجعله على الاخْتِلاف في خيار الشرط والرؤية، وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم.

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.
(٣) في أ: الاستيجابي.

وأما بيان ما يبطل به حق الفَسْخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان، وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر، فنقول وبالله التوفيق: الفَسْخ في البيع الفَاسِد يبطل بصريح الإبطال والإسقاط؛ بأن يقول: أبطلت أو أسْقَطت أو أوجبت البيع أو ألزمته؛ لأن وجوب الفسخ عنه ثبت حقًّا لله تعالى للفساد، وما ثبت حقاً لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية، لكن قد يسقط بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً، فيتضمن ذلك سُقُوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة، أو يفوت محل الفَسْخ أو غير ذلك.

وبيان ذلك في مسائل: المشتري شراء فاسداً إذا باع المشتري أو وهبه أو تصدق به ـ بطل حق الفسخ، وعلى المشتري القيمة أو المثل، لأنه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع على نقضه[1] لأنه حصل عن تسليط منه ويطيب للمشتري الثاني؛ لأنه ملكه بعقد صحيح، بخلاف المشتري الأول؛ لأنه لا يطيب له؛ لأنه ملكه بعقد فَاسِدٍ، فرق بين هذا وبين ما إذا دخل مسلم دار الحرب بأمان، فأخذ شيئاً من أموالهم بغير إذنهم وأخْرَجه إلى دار الإسلام، ثم باعه ـ أنه يصح بيعه، لكن لا يطيب للمشتري كما لا يطيب للآخذ.

ووجه الفرق: أن عدم الطيب في المأْخوذ من الحربي بغير إذنه، لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة، والمأخوذ على هذا الوَجْه واجب الرد على صاحبه رداً للخيانة، وبالبيع لم يخرج عن استِحْقَاق الرد على مالكه/ ؛ لحصوله لا بتسليط من جهته، فبقي واجب الرد كما كان، وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد؛ لأن انعدام الطيب للمشتري هٰهنا لقران الفساد به ذكراً لا حقيقة، ولم يوجد ذلك في البيع الثاني، وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع، لحصول البيع من المشتري بتَسْلِيطه، والله عز وجل أعلم.

٣/ ١٦١أ

ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقَضَاء قاض، وعاد على حكم الملك الأول عَادَ حق الفسخ؛ لأن الردّ بهذه الوجوه فسخ محض، فكان دفعاً للعقد من الأصل وجعلا له كأن لم يكن.

ولو اشتراه ثانياً أو عاد إليه بسبب مُبْتَدأ، لا يعود الفَسْخ؛ لأن الملك اختلف لاختلاف السبب، فكان اختلاف الملكين بمَنْزلة اختلاف العَقْدين[2]، ولو أعتقه المشتري أو دبره، بطل حق الفَسْخ لما قلنا؛ ولأن الإعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفَسْخ بعد صحته، فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة.

وكذلك لو استولدها لما قلنا، وتصير الجَارية أم ولد المشتري؛ لأن الاستيلاد قد صح

(١) في ط: بعضه.

(٢) في أ: العينين.

لحصوله في ملكه، وعلى المشتري قيمة الجَارِية؛ لتعذر الرد الاستيلاد، فصار كما لو هلكت في يده وهل يغرم العقر؟ ذكر في البُيُوع أنه لا يغرم وفي الشرب روايتان: والصَّحيح أنه لا يضْمن العقر؛ لأنه وطىء ملك نفسه، وقد تقرر ملكه الاستيلاد لتعذر الرد.

ولو وطئها المشتري ولم يعلقها، لا يبطل حق الفَسْخ، وللبائع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات، فرق بين هذا وبين الجَارِية الموهوبة إذا وطئها الموهوب له وأعلقها، ثم رجع الوَاهِب في هبته، وأخذ الجارية ـ أن الموهوب له لا يضمن العقر.

ووجه الفرق: أن الثَّابت بالهبة ملك محلل للوطْء، وبالرجوع لم يتبين أن حل الوطء لم يكن، فكان مستمتعاً بملك نفسه، فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسد؛ لأن الملك الثابت به لا يظهر في حقّ حل الوطء، فكان الوطء حراماً إلا أنه سقط عنه الحد للشبهة، فوجَبَ العقد.

وكذلك لو كاتبه؛ لأن الكتابة قد صحَّت لوجودها في الملك، ولا سبيل للبائع إلى نقضها؛ لحصولها من المشتري بتسليط البَائِع، فلا يكون له حق النقض عليه، وعلى المشتري قيمة العبد؛ فإن أدى بدل الكتابة وعتق تقرر على المشتري ضمان القيمة؛ وإن عَجَز ورد في الرق ينظر إن كان ذلك قبل القَضَاء بالقيمة على المشتري، فللبائع أن يسترده؛ لأنه كان مستحقّ الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك، إلا أنه امتنع الرد لعارض الكتابة؛ فإن عجز ورد في الرقّ قبل القَضَاء بالقيمة؛ فقد زال العارض والتحق بالعدم، كأنه لم يكن فعاد مستحقّ الردّ على المشتري كما كان، وإن كان بعد ما قضى عليه بالقِيمَة لا سبيل للبَائِع على العبد؛ لأنه بالقَضَاء بالقيمة تقرر ملك المشْتَري في العبد، ولزم من وقت وجوُده فيعود إليه لازماً، والملك اللازم لا يحتمل الفسخ، والله عز وجل أعلم.

وكذلك لو رهنه المشتري، بطل حق الفَسْخ، وولاية الاسترداد لما ذكرنا؛ ولو افتكه المشتري، فهو على التَّفْصيل الذي ذكرنا في الكتابة؛ ولو أجره صحت الإجارة لما قلنا، ولكن لا يَبْطُل حق الفسخ؛ لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً إلا أنها تفسخ بالعذر، ولا عذر أقْوى من رفع الفساد فتنفسخ به، وسلمت الأجرة للمشتري؛ لأن المنافع على أصْلِ أصحابنا لا تتقوّم إلا بالعقد، والعقد وجد من المشتري فكانت الأجرة له، وهل تَطِيب له؟ ينظر إن كان قد أدى ضمان القيمة ثم آجر، طابت الأجرة له؛ لأن الضمان بدل المضمون قائم مقامه، فكانت الأجرة ربح ما قد ضمن.

وإن آجر ثم أدى الضَّمان لا تطيب له؛ لأنها ربح ما لم يضمن؛ ولو أوصى به، صحت الوصية لما قلنا، ثم إن كان الموصي حيًّا بعد، فللبائع حق الاسترداد، لأن الوصية تصرف غير لازِم حال حياة الموصي بل محتمل، وإن مات بطل حقه، لأن الثابت للموصي له ملك جديد، بخلاف/ الثابت للوارث بأن مات المشتري شراء فاسداً؛ لأن لا يبطل حقّ الفسخ، وللبائع أن يسترد من ورثته. ٣/ ١٦١ب

وكذا إذا مات البائع فلورثته ولاية الاسْتِرداد؛ لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث، وإنما هو خلفه قائم مقامه؛ ولهذا يرد الوَارِث بالعيب ويرد عليه، وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ، بخلاف الموصى له، فإن الثابت ملك جديد حصل بسبب جديد؛ ولهذا لم يرد بالعيب ولا يرد عليه، وأنه لم يكن مستحق الفسخ.

ولو ازداد المبيع في يد المشْتَري؛ فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال، فإنها لا تمنع الفَسْخ؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصْل حقيقة، والأصل مضمون الرد، فكذلك التبع كما في الغصْب؛ وإن كانت غير متولّدة من الأصل، كما إذا كان المَبِيع سويقاً فلته المشتري بعَسَل أو سمن؛ فإنها تمنع الفسخ لأنه لو فسخ: إما أن يفسخ على الأصْل وحده، وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعاً، لا سبيل إلى الأول لتعذر الفَصْل، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعاً فلا تدْخل تحت الفَسْخ.

وإن كانت منفصلة فإن كانت متولدة من الأصْل كالولد واللبن والثمرة - لا تمنع الفسخ، وللبائع أن يسترد الأصْل مع الزيادة؛ لأن هذه الزِّيادة تابعة للأصل لكونها متولدة منه.

والأصل مضمون الرد، فكذا الزِّيادة كما في باب الغَصْب؛ وكذا لو كانت الزيادة أرشاً أو عقراً لأن الأرْش بدل جزء فائت من الأصْل حقيقة كالمتولد من الأصل، والعقر بدل ما له[1] حكم الجزء والعين، فكأنه متولِّد من العين ثم في فصل الولد إذا كانت الجارية في يد المشتري؛ فإن نقصتها الولادَة وبالولد وفاء بالنقصان - بنجبر النقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزُفر كما في الغصب، وسنذكر المسألة في «كتاب الغَصْب» إن شاء الله تعالى.

وإن لم تنقصها الولادة استردّها البائع ولا شيء على البائع؛ وإن نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان، ردها مع ضمان النّقصان كما في الغصب؛ وإن هلك الولد قبل الرد، لا ضمان على المشتري بالزيادة كما في الغصب، وعليه ضمان نقصان والولادة كما في الغصب.

ولو استهلك المشْتَري الزيادة ضمن كما في الغَصْب؛ ولو هلك المبيع والزيادة قائمة، فللبائع أن يسترد الزيادة ويضمن قيمة المَبِيع وقت القَبْضِ؛ لأنهما كانا مضموني الرد، إلا أنه تعذّر استرداد المبيع؛ لفوات المحل وصَارَ مضمون القيمة، فبقي الولد على حاله مضْمُون الرد كما كان.

وإن كانت الزيادة غير متولدة من الأصل؛ كالهبة والصَّدقة والكسب - فإنها لا تمنع الرد، وللبائع أن يسترد الأصْل مع الزيادة؛ لأن الأصل مضمون الرد، وبالرد ينفسخ العقد من

---

(١) في ط: حاله.

الأصل، فتبين أن الزِّيادة حَصَلت على ملكه، إلا أنها لا تطيب له؛ لأنها لم تحدث في ضمانه، بل في ضمان المشْتَري، فكانت في معنى ربح ما لم يُضمن، ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري لا ضمان عليه؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقَبْض، والقبض لم يرد على الزِّيادة لا أصلاً ولا تبعاً: أما أصلاً: فلانعدامها عند القبض، وأما تبعاً فلأنها ليست بتابعة حقيقة، بل هي أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الأصل.

وإن استهلكها المشْتَري، فكذلك عند أبي حنيفة لا ضمان عليه، وعندهما: يضمن، وأصل المسألة في الغَصْب: أنه إذا استهلك الغاصب هذه الزيادة، هل يضمن؟ عنده: لا يضمن، وعندهما: يضْمَن، ونذكر المسألة في كتاب الغصب إن شاء الله.

ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمةٌ في يد المشتري، تقرر عليه ضمان قيمة المبيع، والزيادة للمشتري تقرّر ضمان القيمة، بخلاف المتولّد كما في الغصب والفرق بين الزيادتين يذكر في الغَصْب إن شاء الله تعالى.

٣/ ١٦٢أ هذا إذا زاد المبيع في يد المشتري شراء فاسداً؛ فأما إذا انتقص/ في يده فإن كان النقصان بآفة سماوية ـ فإنه لا يمنع الاسْتِرداد، وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً يضْمَن بالقبض[(١)] كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع أجزائه، فصار مضموناً بجميع أجزائه، والأوْصَاف تضمن بالقبض وإن كانت لا تضْمَن بالعقد، كما في قبض المغصوب.

وكذلك إذا كان النُقصان بفعل المبيع؛ لأن هذا والنُقصان بآفة سماوية سواء، وإن كان النقصان بفعل المشتري فكذلك؛ لأنه لو انتقض بغير صنعة، كان مضموناً عليه فبصنعه أولى.

وإن كان بفعل أجْنبي فالبائع بالخيار: إن شاء أخذ الأرْش من المشتري، والمشْتَري يرجع به على الجاني، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشْتَري كما في الغصب؛ لأنه لما أخذ قيمة النُقصان من المشتري، فقد تقرر ملكه في ذلك الجزء من وقت البيع فيه، فتبين أن الجِنَاية حصلت على ملك متقرر له، فيرجع عليه والأجنبي لم يَمْلك فلا يرجع.

ولو قتله أجنبي، فللبائع أن يضْمَن المشتري قيمته حالة القبض، ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على عاقلة القاتل بقِيمَته في ثلاث سنين، فرق هٰهنا بين البيع وبين الغصب؛ فإنه لو قتل المغصوب في يد الغَاصِب قاتل، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب، والغَاصِب يرجع على عاقلة القاتل في ثلاث سنين، وإن شاء ضمن عاقلة القَاتِل قيمته في ثلاثة سنين، وهم لا يرجعون على الغاصب.

---

(١) في أ: بالقيمة.

ووجه الفرق: أن الأجنبي جَنَى على ملك المشْتَري؛ لأنه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع، فلا يملك البَائِع تضمينه، بخلاف الغصب؛ فإن الغاصب لا يملك المغصوب إلا بتَضْمين المغصوب منه إياه فقبله لا ملك له فيه، فكان القَتْل جناية على مِلْك المالك، والقَبْض جِنَاية على ملكه أيضاً؛ فكان له خيار التضمين.

وإن كان النقصان بفعل البائع لا شيء على المشْتَري، لأنه صار مسترداً بفعله؛ حتى إنه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه، حبس على البَائِع يهلك على البائع، وإن وجد منه حبس ثم هلك - ينظر إن هلك من سراية جناية البائع لا ضمان على المشتري أيضاً؛ لأنه صَارَ مستردًا بفعله، وإن هَلَك لا من سراية جناية البائع، فعلى المشتري ضمانه، لكن يطْرح منه حصة النُقصان بالجناية؛ لأنه استردّ ذلك القدر بجنايته.

ولو قتله البائع، لا ضَمَان على المشتري؛ لأنه استرده بالقتل؛ وكذلك لو حفر البائع بئراً فوقع فيه ومات؛ لأن ذلك في معنى القَتْل فيصير مسترداً، والله عز وجل أعلم.

ولو كان المبيع ثوباً، فقطعه المشتري وخاطه قيمصاً أو بطنه وحشاه - بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض، والأصْل في هذا أن المشتري إذا أحدث في المبيع صنعاً لو أحدثه الغاصب في المغْصُوب - لا يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ، ويتقرر حقه في ضَمَان القيمة أو المثل، كما إذا كان المبيع قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه، أو حنطة فطحنها، أو سمسماً أو عنباً فعصره، أو ساحة فبنى عليها، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك؛ وإنما كان كذلك؛ لأن القَبْض في البيع الفاسد كقبض الغصب، ألا ترى أن كل واحدٍ منهما مضمون الردّ حال قيامه، ومضْمُون القيمة أو المثل حال هَلاَكه، فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انْقِطاع حقّ البيع للبائع هٰهنا.

ولو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الأحمر والأصفر ونحوهما، ذكر الكَرْخي: أنه ينقطع حق البائع عنه إلى القيمة.

وروي عن محمد: أن البائع بالخيار إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصّبغ فيه؛ وإن شاء ضمنه قيمته، وهو الصحيح؛ لأن القَبْض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب، ثم الجواب في الغصب هكذا: أن المَالِك بالخيار إن شاء أخذ الثّوب وأعطي الغاصب ما زاد الصّبغ فيه، وإن شاء/ ضمنه قيمته؛ فكذا هذا والله عز وجل أعلم. ٣/ ١٦٢ب

ولو كان المبيع أرضاً فبنى عليها، بطل حق الفَسْخ عند أبي حنيفة، وعلى المشْتَري ضمان قيمتها وقت القَبْض، وعندهما: لا يبطل وينقض البناء.

وجه قولهما: أن هذا القَبْض معتبر بقبض الغَصب، ثم هناك ينقض البِنَاء، فكذا هٰهنا؛

ولأن البناء ينقض لحق[١] الشَّفيع بالإجماع، وحق البائع فوق حق الشفيع؛ بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقَضَاء، والبائع يأخذ من غير قَضَاء ولا رضا، فلما نقض لحق الشَّفيع، فلحق البائع أوْلَى.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لو ثبت للبَائِع حق الاسْتِرداد، لكان لا يخلو إما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء، لا سبيل إلى الثاني لأنه لا يمكن، ولا سبيل إلى الأول؛ لأن البناء من المشْتَري تصرف حصل بتسليط البائع، وأنه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك، بخلاف الغَصْب والشفعة؛ لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء، وكذا لا يمنعان نقض البَيْع والهبة.

ومنها: أن الثَّابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى، بخلاف البيع الصحيح؛ لأن القيمة هي الموجِب الأصلي في البِيَاعات؛ لأنَّها مثل المبيع في المالية، إلا أنه يعدل عنها إلى المسمى إذا صحت التَّسمية، فإذا لم تصح وجب المصير إلى الموجب الأصلي، خصوصاً إذا كان الفساد من قبل المسمى لأن التسمية إذا لم تصح لم يثبت المسمى، فصار كأنه باع وسَكَت عن ذكر الثمن. ولو كان كذلك كان بيعاً بقيمة المبيع، لأن البيع مبادلة بالمال، فإذا لم يذكر البدل صريحاً، صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة، فكان بيعاً بقيمة المَبيع أو بمثله إن كان من قبيل الأمثال.

ومنها: أن هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرُّف ليس فيه انْتِفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا؛ كالبَيْع والهبة والصدقة والإعتاقَ والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك، مما ليس فيه انْتِفاع بعين المبيع.

وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك؛ كأكل الطَّعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصَّحيح أنه لا يحل؛ لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرُّر له، وفيه تقرير الفساد؛ ولهذا لم يفْسد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفَسَاد بالتسليم على ما نَذْكُره في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو كان المشتري داراً لا يثبت للشَّفيع فيها حق الشُّفعة، وإن كان يفيد الملك للمشتري؛ لأن حق البائع لم ينقطع، والشفعة إنما تَجِب بانقطاع حقّ البَائع لا بثبوت الملك للمشتري.

ألا ترى أن من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة، وإن لم يثبت الملك

---

(١) في ط: بحق.

للمشْتَري لانقطاع حق البَائع بإقراره، وهٰهنا حق البائع غير منقطع فلا تَثْبُت الشفعة، حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة.

ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شِرَاء فاسداً - تثبت الشفعة؛ لأنَّ هذا الشراء صحيح، فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة، والله عز وجل أعلم. ولو وطىء الجارية المشتراة شراءً فاسداً؛ فإن لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ، وإن فسخ العقد فعليه العقر، وإن أعلقها وضمن قيمة الجَارِية - ففي وجوب العقر روايتان على ما ذكرنا.

وأما شرائط فاثنان: أحدهما: القَبْض فلا يثبت الملك قبل القَبْض؛ لأنه واجب الفَسْخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القَبْض تقرر الفساد؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تَسْليمه إلى المشتري، وفي التسليم تقرير الفساد وإيجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفَسَاد متناقض.

والثاني: أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبض بغير إذنه أصلاً لا يثبت الملك؛ بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من/ غير إذنه؛ فإن لم ينهه ولا أذن له في القَبْضِ صريحاً، فقبضه بحضرة البائع ذكر في الزيادات: أنه يثبت الملك، وذكر الكَرْخي في الرواية المشهورة: أنه لا يثبت. ٣/١٦٣أ

وجه رواية الزيادات: أنه إذا قبضه بحَضْرته ولم ينهه، كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة، مع ما أن العقد الثابت دلالة الإذن بالقَبْض؛ لأنه تسْلِيط له على القبض فكأنه دليل الإذن بالقبض، والإذن بالقبض قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة؛ كما في باب الهبة إذا قبض المؤهُوب له بحضرة الواهب فلم ينهه - صح قبضه؛ كذا هٰهنا.

وجه الرواية المشهورة: أن الإذن بالقَبْض لم يوجد نصاً، ولا سبيل إلى إثباته بطريق الدلالة؛ لما ذكرنا أن في القبض تقرير الفَسَاد، فكان الإذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد، فلا يمكن إثباته بطَرِيق الدلالة.

وبه تبين أن العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض؛ لوجود المَانع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة؛ لأن هناك لا مَانِع من القبض فأمكن إثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائماً، وإنما شرط المجلس؛ لأن القَبْض في الهبة بمنزلة الركن، فيشْتَرط له المجْلس كما يشترط للقبول، والله عز وجل أعلم.

وأما البيع الباطل: فهو كل بيع فاتَه شرط من شَرائِط الانْعِقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما، وقد ذكرنا جملة ذلك في صَدْر الكتاب، ولا حكم لهذا البيع أصلاً؛ لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصّورة؛ لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل في المحل حقيقة؛ وذلك نحو بَيْع الميتة والدم

والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضَامِين وكل ما لَيْس بمال؛ وكذا بيع صيد الحرم والإحرام؛ لأنه بمنزلة الميتة، وكذا بيع الحر؛ لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمسْتَسعى؛ لأن أم الولد حرة من وجه، وكذا المدبر فلم يكن مالاً مطلقاً والمكَاتِب حر يداً، فلم يكن مالاً على الإطلاق، والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب، وعندهما: حر عليه دين؛ وكذا بيع الخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال في حق المسلم، وكذا بيع الخمر لأنها ليست بمتقومة في حق المسلم؛ لأن الشرع أسقط تقوّمها في حق المسلمين حيث أهَانَها عليهم فيبطل ولا ينْعَقد؛ لأنه لو انْعقَد إما أن ينعقد بالمسمى وإما أن ينعقد بالقيمة، لا سبيل إلى الأول لأن التَّسمية لم تصحَّ، ولا سبيل إلى الثاني لأنه لا قيمة له؛ إذ التقويم يبنى عن العزَّة والشَّرع أهان المسمَّى على المسلم، فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له، وإذا لم ينْعَقد يبطل ضرورة.

ومن مشايخنا من فصل في بَيْع الخمر تفصيلاً، فقال: إن كان الثمن ديناً بأن باعها بدراهم فالبيع باطل، وإن كان عيناً بأن باعها بثَوْب ونحوه، فالبيع فاسد في حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب، لأن مقْصُود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها؛ لأنها لا تصلح للتَّملك، والتَّمليك في حق المسلم مقصود، بل تمليك الثوب وتملكه؛ لأن الثوب يصْلُح مقصوداً بالتملك والتمليك، فالتسمية إن لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب، ولا مُقَابل له، فيصير كأن المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن، فينعقد بقيمته، بخلاف ما إذا كان الثَّمن ديناً؛ لأن الثمن يكون في الذمةِ، وما في الذمة لا يكون مقصوداً بنفسه، بل يكُون وسيلة إلى المقصود، فتصير الخَمْر مقصودة بالتَّمليك والتَّملك فيبطل أصلاً.

وأما بيع [العبد][1] بالخمر والخنزير فلا يبطل، بل يفْسد وينعقد بقيمة العبد؛ لأن العبد مال متقوم.

وكذا الخمر والخنزير في حق أهل الذمَّة والخمر مال في حقنا، إلا أنه لا قيمة لها شرعاً؛ فإذا جعل الخمر والخِنْزير ثمناً فقد ذكر ما هو مال، وكون الثمن مالاً في الجملة أو مرغوباً فيه عند الناس، بحيث لا يؤخذ مجاناً بلا عوض يكفي/ لانعقاد العقد؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شيء مرغُوب بشيء مرغوب، إلا أن يكون المعقود عليه متقوماً شرط الانعقاد، وقد وجد وكذا بيع العَبْد والمدبر وأم الولَد والمكاتب والمستَسْعى؛ لأن هذه الأموال في الجملة مرغوب فيها، فينعقد العقد بقيمة العبد؛ وكذا بيع العبد بما يرعى إبله من أرْضِه من الكلا أو بما يشرب من ماء بئره، لأن المذكور ثمناً مال متقوم إلا أنه مُبَاح غير مملوك، وكذا هو مجهول أيضاً، فانعقد بوصف الفساد بقِيمَة المبيع.

٣/ ١٦٣ب

---

(١) سقط في ط.

واختلف مشَايخِنا في بيع العبد بالميتة والدَّم: قال عامتهم: يبطل، وقال بعضهم: يفسد، والصحيح أنه يبطل؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً، وكون الثمن مالاً في الجملة شرط الانْعِقاد.

وكذا اختلفوا فيما إذا قال: بعت بغير ثَمَن، قال بعضهم: يبطل، وإليه ذهب الكرخي من أصحابنا، وقال بعضهم: يفسد ولا يبطل؛ كما إذا بَاعَ وسكت عن ذكر الثمن، وقد ذَكَرْنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم.

ثم إذا باع مالاً بما ليس بمالٍ حتى بطل البيع، فقبض المشْتَري المال بإذن البائع، هل يكون مضموناً عليه أو يكون أمانة؟ اخْتَلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يكون أمانة؛ لأنه مال قَبْضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورةً لا معنى، فالتحق العقد بالعدم وبقي إذنه بالقَبْض، وقال بعضهم: يكون مضموناً عليه، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكُون دون المقْبُوض على سوم الشراء، وذلك مضمون فهذا أولى.

وأما البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير إذن صَاحِبه وهو المسمى ببيع الفضولي، ولا حكم له يعرف للحال؛ لاحتمال الإجازة والردّ من المالك فيتوقف في الجواب في الحال لا أن يكون التوقف حكماً شرعياً، وقد ذكرنا حكم تصرفات الفضولي ما يبطل منها، ولا يتوقف فيما تقدَّم، والله عز وجل أعلم.

فصل [في بيان ما يرفع حكم البيع]

وأما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول وبالله التوفيق: حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ، وهو الذي يقوم برفعه أحد العَاقِدين وهو حكم كل بيع غير لازم، كالبيع الذي فيه أحد الخِيَارات الأربع والبيع الفاسد، ونوع لا يرتفع إلا بالإقالة وهو حُكم كل بيع لازم، وهو البيع الصَّحيح الخالي عن الخيار.

والكلام في الإقالة في مواضع: في بيان ركن الإقالة، وفي بيان ماهية الإقالة، وفي بيان شرائط صحة الإقالة، وفي بيان حُكْم الإقالة.

أما ركنها فهو الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر، فإذا وَجَدَ الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه، فقد تم الركن، لكن الكَلاَم في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول: لا خلاف أنه ينْعَقِد بلفظين يعبر بهما عن الماضي؛ بأن يقول أحدهما: أقلت، والآخر: قبلت أو رَضِيت أو هويت ونحو ذلك، وهل تَنْعَقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المَاضِي وبالآخر عن المسْتَقبل؟ بأن قال أحدهما لصَاحِبه: أقلني فيقول: أَقَلْتك، أو قال له: جئتك لتقيلني، فقال: أقلت ـ فقال أبو حَنيفة وأبو يوسف ـ رحمهما الله ـ: ينعقد كما في

النِّكاح، وقال محمد ـ رحمه الله ـ: لا يَنْعَقد إلا بلَفْظَين يعبَّر بهما عن الماضِي كما في البيع.

وجه قوله: أن ركن الإقالة هو الإيجاب والقَبول كركن البيع، ثم ركن البيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن المَاضِي، فكذا ركن الإقالة، ولهما: الفرق بين الإقالة وبين البَيْع وهو أن لفظة الاستقبال للمسَاوَمة حقيقة، والمساومة في البيع معتاد، فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها، فلم تقع إيجاباً بخلاَف الإقالة؛ لأن هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها؛ لأن المسَاوَمة فيها ليست بمعتادة فيحمل على الإيجاب، ولهذا حملناها على الإيجاب في النِّكاح كذا هذا.

وأما بيان ماهية الإقالة وعملتها: فقد اخْتَلف أصْحَابنا في ماهيتها: قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ: الإقالة فَسْخ في حق العاقِدَين بيع جديد في حق ثالث/ سواء كان قبل القبض أو بعده[1]. ٣/ ١١٦٤أ

(١) والإقالة، قيل: مأخوذة من القول، فهمزتها حينئذ للسلب، أي: أزال القول السابق.
وقيل: مأخوذة من القيل، وعلى هذا فعينها ياء لا واو. ويدل له قولهم: قلت البيع ـ بكسر القاف ـ وقال البيع قيلاً.
وأقال البيع بمعنى فسخه، وبناء على أن الهمزة للسلب يكون الفسخ لازماً للمعنى الوضعي؛ لأن إزالة القول ـ وهو العقد ـ يلزمه رفعُ البيع.
فالإقالة مصدر أقال، واسم مصدر. قال بمعنى فسخ؛ لأنه يقال أيضاً: قال البيع إقالة.
ومعناها في الاصطلاح: رفع البيع برضا العاقدين كتقايلنا البيع، أو يقول أحدهما: أقلته، ويقبل الآخر، وإذا، فلا بد في الإقالة من رضا العاقدين معابها، فليس لأحدهما أن يستبد بها وحده. وهي في هذا تخالف الفسخ بالخيار، إذ لمن هو له أن يفسخ البيع إن شاء من غير توقُّف على رضا صاحبه. والفرق بينهما أن الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من هو له.
وأما الإقالة فلا تكون إلا حيث يكون العقد لازماً لهما.
نعم تشبه الإقالة الخيار، من جهة أنهما لا يدخلان إلا عقود المعاوضات المالية اللازمة القابلة للفسخ.
ثم الإقالة جائزة شرعاً؛ لأن العقد حقهما، وآثان المترتبة عليه وقف عليهما ـ فلهما رفعه. بل هي مندوبة؛ لأنها غالباً لا تكون إلا تحت ضغط الحاجة، والرسول (عليه الصلاة والسلام) يقول: «من أقال نادماً بيعته ـ أقال الله عثْرَتَهُ».
وقد اختلف في الإقالة، هل هي فسخ أو بيع؟.
فالشافعي، وابن حنبل، وأبو حنيفة على أنها فسخ. ومالك على أنها بيع، إلا في الطعام، والشفعة، والمرابحة، وأبو يوسف على أنها بيع، فإن لم تحتمل البيع فهي فسخ، فإن لم تحتمله فهي باطلة.
ومحمد على أنها فسخ، فإن لم تحتمل الفسخ فهي بيع، فإن لم تحتمله فهي باطلة.
وجهة من قال: إنها فسخ هي أن الفسخ معناها اللغوي. والأصل مطابقة المعنى الشرعي للمعنى اللغوي، حتى يقوم الدليل على خلافه.
فإن لم تحتمل الفسخ كانت باطلة، ولا تحمل على البيع؛ لأن البيع ضد الفسخ، واللفظ لا يحتمل ابتداء =

وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنها فَسْخ قبل القبض بيع بعده، وقال أبو يوسف: أنها بيع جديد في حق العَاقِدين وغيرهما إلا ألاَّ يمكن أن تجعل بيعاً فتجعل فسخاً، قال محمد: أنها فَسْخ إلا ألاَّ يمكن أن تجعل فسخاً، فتجعل بيعاً للضرورة، وقال زفر: أنها فَسْخ في حق الناس كافة.

وجه قول زفر: أن الإقالة في اللغة عِبَارة عن الرَّفع، يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثراتي، أي: ارفعها، وفي الحديث: **«مَنْ أَقَالَ نَادِماً أَقَالَ الله عَثْرَاتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ»**، وعن النبيِّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ: **«أَقِيلُوا ذَوِي الهَيْئَاتِ عَثَرَاتِهِمْ إلاَّ فِي حَدٍّ»**[1].

والأصل أن معنى التصرُّف شرعاً ما ينبيء عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه؛ ولأن البيع والإقالة اختلفا اسماً فيختلفان حكماً، هذا هو الأصل؛ فإذا كانت رفعاً لا تكون بيعاً؛ لأن البيع

= ضده، حتى يحمل عليه عند تعذُّر معناه الحقيقي.
وقال محمد: بل تحمل على البيع، إذا تعذر الفسخ؛ لكونها تحتمل البيع في الجملة.. إذ هي بيع في حق ثالث، حيث يجوز له المطالبة بالشفعة فيها؛ كما هو مذهب الحنفية.
ولكن أبا حنيفة ـ يجيب بأنا جعلناها بيعاً في حق ثالث للضرورة، وهي ثبوت حكم البيع بها من نقل الملك ببدل، فلئن صرفت عن معنى البيع في حقهما ـ فلا تصْرِف عنه في حق غيرهما، إذا اقتضاه أمرٌ آخر.
وأيضاً اعتبرت بيعاً في حق ثالث؛ لئلا يفوت مقصود والشارع من شرع الشفعة في بعض الصور؛ إذ هي قد شرعت لدفع ضرر الخلطة أو الجوار، وهو موجود في الإقالة. ووجهة من قال: إنها بيعٌ هي أنه رأى حد البيع منطبقاً عليها؛ لأنها مبادلة المال بالمال على التراضي، وهو حد البيع، ولأنها تبطل بهلاك السلعة قبل القبض، ويرد المبيع فيها بالعيب، وهذه هي أحكام البيع، وعلى هذا فهي بيع حقيقة؛ لانطباق حده، وحكمها عليها.
ويزيد أبو يوسف على هذا: أنها وضعت في الأصل للفسخ، ثم حملت على البيع لما ذكر. فإن لم تحتمله كانت مستعملة فيما وضعت له، وهو الفسخ.
ويرد على من قال: إنها بيعٌ بأن حد البيع ليس مبادلة المال بالمال تراضياً فحسب، بل مع زيادة ابتداء، والموجود في الإقالة المبادلة على سبيل العود، وبأنه لا يلزم من ثبوت لازم شيء لشيء أن يكون إياه؛ لجواز أن يكون لازم حقيقتين مختلفتين، أي: أنه لازم عام.
وفائدة الخلاف في كونها بيعاً، أو فسخاً تظهر في الإقالة من المبيع قبل قبضه، فمن قال: هي بيع لا يصححها؛ لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز، ومن قال: هي فسخ جعلها صحيحة؛ لأنه يرفع العقد يعود المبيع إلى ملك صاحبه.
ومع ذلك، فلا بد في الإقالة من أن تكون بالثمن فلا يزاد عليه، أو ينقص منه؛ لأن حقيقتها هي المبادلة بالثمن الذي اتُّفق عليه أولاً.
ينظر الخيارات في البيع لشيخنا محمد مندور.

(١) سيأتي في الحدود.

إثْبَات والرفع نفي وبينهما تناف، فكانت الإقالة على هذا التقدير فَسْخاً محضاً فتظهر في حق كافة الناس.

وجه قول محمد: أن الأصْل فيها الفسخ كما قال زفر، إلا أنه إذا لم يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً ضَرُورة.

وجه قول أبي يوسف: أن معنى البيع هو مبادلة المَال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد فكانت الإقَالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها، والعبرة للمعنى لا للصورة؛ ولهذا أعطي حكم البيع في كثير من الأحْكَام على ما تَذْكر؛ وكذا اعتبر بيعاً في حق الثَّالث عند أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ في تقرير معنى الفَسْخ: ما ذكرناه لزفر أنه رفع لغة وشرعاً ورفع الشيء فسخه، وأما تقرير معنى البَيْع فيه فما ذكرنا لأبي يوسف أن كل واحد [منهما][1] يأخُذ رأس ماله ببدل، وهذا مَعْنَى البيع، إلا أنه لا يمكن إظْهَار معنى البيع في الفَسْخ في حق العاقدين للتنافي، فأظهرناه في حق الثالث، فجعل فَسْخاً في حقهما بيعاً في حق ثالث، وهذا ليس بممتنع.

ألا ترى أنه لا يمْتنع أن يجعل الفعل الواحِد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه، فمن شَخْصَين أولى.

والدليل عليه: أنها لا تصحُّ من غير تسمية الثمن، وثمرة هذا الاختلاف [فيما][2] إذا تقايلا ولم يسميا الثمن الأول، أو سمَّيا زيادةً على الثمن الأول، أو أنقص من الثمن الأول أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الأول قل أو كثر، أو أجلاً الثمن الأول فالإقالة على الثمن الأول في قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وتسمية الزيادة والنقصان والأجل والجنس الآخر باطلة، سواء كانت الإقالة قبل القَبْض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول؛ لأنها فسخ في حق العاقدين والفَسْخ رفع العقد، والعقد وقع بالثمن الأول فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة؛ لأنه فسخ ذلك العقد وحكم الفَسْخ لا يختلف بين ما قبل القَبْض وبين ما بعده وبين المنقول وغير المنقول، وتبطل تَسْمية الزيادة والنُّقصان والجنس الآخر والأجل، وتبقى الإقالة صحيحة؛ لأن إطْلاَق تسمية هذه الأشْيَاء لا يؤثر في الإقالة؛ لأن الإقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة.

وبخلاف البيع؛ لأن الشَّرط الفَاسِد إنما يؤثر في البيع؛ لأنه يمكن الربا فيه، والإقالة رفع البيع فلا يتصوّر تمكن الربا فيه فهو الفرق بينهما.

---

(١) سقط في ط.
(٢) سقط في ط.

وفي قول أبي يوسف: إن كان بعد القَبْض، فالإقالة على ما سميا؛ لأنها بيع جديد كأنه باعه منه[١] ابتداء، وإن كان قبل القَبْض والمبيع عقاراً فكذلك؛ لأنه يمكن جعله بيعاً؛ لأن بيع العقار قبل القَبْض جائز عنده؛ وإن كان منقولاً فالإقالة فسخ؛ لأنه لا يمكن جعلها بيعاً؛ لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجُوز.

وروي عن أبي يوسف: أن الإقالة بيع على كل حال، فكل ما لا يجوز بيعه لا تجوز إقالته، فعلى هذه الرواية لا تجُوز الإقالة عنده في المنقول قبل القبض؛ لأنه لا يجوز بيعه، وعند/ محمد: إن كان قبل القبض فالإقالة تكون على الثمن الأول، وتبطل تسمية الزيادة على الثَّمن الأوّل والجنس الآخر، والنقصان والأجل يكون فسخاً، كما قاله أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: لأنه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعاً، لكن بيع المبيع قبل القبض لا يجُوز عنده منقولاً كان أو عقاراً. ٣/١٦٤ب

وإن كان بعد القَبْض، فإن تقايلا من غير تسمية الثمن أصلاً أو سميا الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، أو نقصاً عن الثَّمن الأول ـ فالإقالة على الثمن الأول وتبطل تسمية النقصان، وتكون فسْخاً أيضاً كما قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أنها فَسْخ في الأصل، ولا مانع من جعلها فسخاً فتجعل فسخاً، وإن تقايلا عن الزيادة أو على الثمن الأول أو على جنس آخر سوى جنس الثَّمن الأول قل أو كثر، فالإقالة على ما سميا ويكون بيعاً عنده؛ لأنه لا يمكن جعلها فسخاً هٰهنا؛ لأن من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول، وإذا لم يمكن جعلها فسخاً تجعل بيعاً بما سميا، بخلاف ما إذا تقايلا على أنْقَص من الثمن الأول أن الإقالة تكون بالثمن الأول عنده، وتجعل فَسْخاً ولا تجعل بيعاً عنده؛ لأن هذا سكوت عن نقص[٢] الثمن وذلك نقص الثمن، والسُّكوت عن النقص[٣] لا يكون أعلى من السكوت عن الثمن الأول، وهناك يجعل فسخاً لا بيعاً، فهٰهنا أولى، والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان المشتري داراً ولها شَفِيع، فقضى له بالشفعة، ثم طلب منه المشتري أن يسلم الشُّفعة بزيادة على الثَّمن الأول أو بجنس آخر ـ أن الزيادة باطلة.

وكذا تَسْمية الجنس الآخر عند أبي حنيفة ومحمَّد وزفر ـ رحمهم الله ـ؛ لأنه لما قضى للشفيع بالشُّفعة، فقد انتقلت الصَّفقة إليه بالثمن الأول، فالتسليم بالزيادة على الثمن الأول أو بجنس آخر يكون إقَالَة على الزِّيادة على الثمن الأول، أو على جنس آخر، فتبطل التسمية، ويصح التَّسليم بالثَّمن الأول عندهما، وإنما اتفق جوابهما هٰهنا على أصل محمد؛ لأنه لا يرى

---

(١) في ط: فيه. (٢) في أ: بعض.
(٣) في أ: البعض.

جواز بيع المَبِيع العقاد قبل القبض، فيبقى فسخاً على الأصْل، وعند أبي يوسف الزيادة صحيحة.

وكذا تسمية جنس آخر؛ لأن الإقالة عنده بيع، ولا مانع من جَعْلها بيعاً فتبقى بيعاً على الأصل، ولو تقايلا البيع في المنقول، ثم إن البائع باعه من المشتري ثانياً قبل أن يستردّه من يده يجوز البيع، وهذا يطرد على أصل أبي حنيفة ومحمد وزفر، أما على أصْل[1] زفر؛ فلأن الإقالة فسخ مطلق في حق الكل.

وعلى أصل أبي حنيفة: فسخ في حق العَاقِدين، والمشتري أحد المتَعَاقدين، وعلى أصل محمد فسخ عند عدم المَانع من جعله فسخاً، ولا مانع هٰهنا من جعله فسخاً، بل وجد المانع من جعله بيعاً؛ لأن بيع المَبِيع المنقول قبل القبض لا يجوز، فكانت الإقالة فسخاً عندهم، فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبْض فجاز.

وأما على أصل أبي يوسف فلا يطرد؛ لأن الإقالة عنده بعد القَبْض بيع مطلق وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، بلا خِلاَف بين أصحابنا، فكان هذا الفعل[2] حجة عليه، إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه.

ولو باعه من غير المشتري لا يجوز، وهذا على أصْل أبي حنيفة وأبي يوسف يطرد، أما على أصل أبي يوسف فلأن الإقالة بعد القَبْض بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما إلا لمانع، ولا مانع من جعلها بيعاً هٰهنا؛ لأنا لو جعلناها بيعاً لا تفسد الإقالة؛ لأنها حصلت بعد القَبْض فتجعل بيعاً، فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فلم يجز.

وأما على أصْل أبي حنيفة: فهي وإن كانت فسخاً لكن في حق العاقدين، وأما في حق غيرهما فهي بيع والمشتري غيرهما، فكان بيعاً في بيعه فيكون بيع المبيع المنقول قبل القبض.

وأما على أصْل محمد وزفر فلا يطَّرد؛ لأنها عند زفر فسخ في حق العَاقِدين وغيرهما، وعند محمد: الأصل فيها الفَسْخ إلا لمانع، ولم يوجد المانع فبقي فسخاً في حق الكل، ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القَبْض فينبغي أن يجوز، وإن كان المبيع غير منقول، والمسألة بحالها جاز بيعه من غير المشْتَري أيضاً على أصل أبي حنيفة/ وأبي يوسف، وكذا على قياس أصل محمد؛ لأن على أصْله الإقالة بيع في حق الكل، إلا ألاَّ يمكن وهٰهنا يمكن لما قلنا. ٣/ ١٦٥أ

وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حَقِّ العَاقِدين، فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض،

---

(١) في أ: قول.

(٢) في أ: الفصل.

وأنه جَائِز عندهما، وعلى أصل محمد فسخ إلا عند التعذر، ولا تعذر هٰهنا؛ لأنها حصلت بعد القَبْض على الثمن الأوّل فبقيت فسخاً، فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض، بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القَبْض، وهذا جائز عنده منقولاً كان أو غير منقولٍ، وعند زفر: هو فسخ على الإطلاق فلم يكن بيعه بين المبيع المنقول قبل القَبْض فيجُوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا اشْتَرى داراً ولها شفيع فسلم الشفعة، ثم تقايلا البيع أو اشْتَراها ولم يكن بجنبها دار، ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلاً البيع؛ فإن الشفيع يأخذها بالشُّفعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الإقالة بيع جديد في حق الكل على أصْل أبي يوسف، ولا مانع من جعلها بيعاً.

وعلى أصْل أبي حنيفة: بيع في حق غير العَاقِدين، والشفيع غيرهما فيكون بيعاً في حقه فيستحق، وأما على قِيَاس أصْل محمد وزفر: لا يثبت حق الشفعة؛ لأنها فسخ مطلق على أصل زفر.

وعلى أصل محمد: فسخ ما أمْكَن، وهٰهنا ممكن، والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشَّرط والرؤية ونحو ذلك، ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشتري قبل الاسْتِرداد، وقبل المشتري - جازت الهبة وملكه المشتري ولا تنفسخ الإقالة، ولو كان هذا في البيع لا تجُوز الهبة، وينفسخ البيع بأن وهب المشتري المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع، وهذا يشكل على أصْل أبي يوسف؛ لأنه أجْرَى الإقالة بعد القَبْض مجرى البيع؛ ولو كانت كذلك لما جازت الهِبَة، ولكانت فسخاً للإقالة كما كانت فسخاً للبيع.

ثم الفرق على أصْل من يجعلها فسخاً ظاهراً؛ لأن الفسخ لا يحتمل الفسخ، فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الإقالة، فلا تنفسخ الإقالة بخلاف البيع، فإنه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن إقالة البيع.

ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً بيع مكايلة أو موازنةً، فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أو وزن صحّ قبضه، وهذا لا يطرد على أصل أبي يوسف؛ لأن الإقالة لو كانت بيعاً لما صحّ قبضه من غير كيل أو وزن كما في البيع، ولو تقايلاً قبل قبض المبيع أو بعده، ثم وجد البَائِع به عيباً كان عند بائعه - ليس له أن يرده عليه، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف يطرد؛ لأنَّ الإقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق الكُلِّ، وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حقِّ ثالث، فكان بيعاً في حقه، فيصير كأنه اشتراه ثانياً أو ورثه من المشتري.

وعلى أصْل محمد وزفر: يشكل، لأن الإقالة فَسْخ على أصلهما، فينبغي ألاَّ يمنع الرد؛ ولو اشترى شيئاً وقَبَضه قبل نقد الثمن، ثم باعه من أجنبي ثم تقايلا، وعاد المبيع إلى

المشتري، ثم إن بائعه اشْتَراه بأقل مما باعه بالثمن الأول قبل النقد ـ يجوز، وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف صَحِيح؛ لأن الإقالة على أصل أبي يوسف بيع في حق العَاقِدين وغيرهما.

وعلى أصل أبي حنيفة بيع في حقّ ثالث والبائع الأوّل هٰهنا ثالث، فكانت الإقالة بيعاً في حقه كأن المشتري الأول اشْتَراه ثانياً، ثم باعه من بائعه بأقل من الثمن الأول قبل العقد[1]، وذلك جائزٌ كذا هذا.

وأما على أصْل محمد وزفر: فلا يطرد؛ لأنهما يجعلان الإقالة فَسْخاً، فكانت إعادة إلى قديم الملك فينبغي ألا يجوز، وأما شَرَائط صحة الإقالة، فمنها رضا المتقايلين، أما على أصل أبي يوسف فَظَاهر؛ لأنه بيع مُطْلق والرِّضا شرط صحَّة البياعات.

وأما على أصْل أبي حنيفة ومحمد وزفر: فلأنها فَسْخ العقد، والعقد لم ينعقد على الصحة إلا بتراضيهما أيضاً، ومنها المجْلس لما ذكرنا أن معنى البَيْع موجود فيها، فيشترط لها المَجْلس كما يشْتَرط للبيع.

ومنها تقابض بدلي الصَّرف/ في إقالة الصرف، وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر، وكذل على أصل أبي حنيفة؛ لأن قبض البَدَلين إنما وجب حقاً لله تعالى. ألا ترى أنه لا يَسْقط بإسقاط العبد والإقالة على أصله؛ وإن كانت فسخاً في حق العاقدين، فهي بيع جَدِيد في حق ثالث، فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعاً في حقه.

٣/ ١٦٥ب

ومنها أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسَائِر أسباب الفَسْخ؛ كالرد بخيار الشَّرط والرؤية والعيب عند أبي حنيفة وزفر؛ فإن لم يكُن بأن ازداد زيادة تمنع الفَسْخ بهذه الأسباب ـ لا تصحُّ الإقالة عندهما، وعند أبي يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، أما على أصْل أبي حنيفة وزفر فظاهر؛ لأن الإقالة عندهما فَسْخ للعقد، فلا بد وأن يكون المحل محتملاً[2] للفَسْخ، فإذا خرج عن احتمال الفَسْخ خرج عن احتمال الإقالة ضَرُورة.

وأما على أصْل أبي يوسف: فلأنها بعد القبض بيع مطلق، وهو بعد الزيادة محتمل للبيع فبقي محتملاً للإقالة، وأما على أصْل محمد: وإن كانت فسخاً لكن عند الإمكان، ولا إمكان هٰهنا؛ لأنا لو جعلناها فسخاً لم يصحَّ، ولو جعلناها بيعاً لصحت، فجعل بيعاً لضرورة الصحة، فلهذا اتَّفق جواب محمد مع جواب أبي يوسف في هذا الفصل.

ومنها قيام المبيع وقت الإقَالَة، فإن كان هالكاً وقت الإقالة لم تصح، فأما قيام الثَّمن

---

(١) في أ: النقد.

(٢) في أ: قابلاً.

وقت الإقالة فليس بشرط ووجه الفَرْق: أن إقالة البيع رفعه، فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن؛ لأنه هو المعقود عليه على معنى أن العَقْد ورد عليه لا على الثمن؛ لأنه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن؛ لأنه لا يحْتَمل التعيين وإن عين؛ لأنه اسم لما في الذمة، فلا يتصور إيراد العقد عليه دلَّ أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن، فإذا هلك لم يبق محل حكم البيع، فلا يبقى حكمه، فلا يتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة، وإذا هلك الثَّمن فمحل حكم البيع قائم فتصحُّ الإقالة.

وعلى هذا يخرج ما إذا تبايعا عيناً بدين كالدَّراهم والدنانير عيناً، أو لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتَقَاربة الموصوفة في الذمة: ثم تقايلا أنهما إن تقايلا والعين قائمة في يد المشْتَري صحت الإقالة، سواء كان الثمن قائماً في يده أو هالكاً؛ لقِيام [محل][1] حكم البيع بقيام المعقُود عليه، وأن تقايلا بعد هلاك العين لم تصح، وكذا إن كانت قائمة وقت الإقالة ثم هلكت قبل الردّ على البائع بطلت الإقالة، سواء كان الثمن قائماً أو هالكاً؛ لأن الإقالة فيها معنى البَيْع.

ألا ترى أن بعد الإقالة وجب على كل واحدٍ منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الإقالة قبل القَبْض كهلاكه بعد البيع قبل القبض؛ فإنه يوجب بطلان البيع كذا هذا، سواء بقي الثمن أو هَلَك؛ لأنه إذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة.

وكذا إذا كان المبيع عبدين وتَقَابَضَا ثم هلكا، ثم تقايلا - أنه لا تصح الإقالة لما ذكرنا أن المعْقُود عليه إذا هلك لم يبق محل الفسخ بالإقالة؛ وكذا لو كان أحدهما هالكاً وقت الإقالة والآخر قائماً وصحت الإقالة، ثم هَلَك القائم قبل الرد بطلت الإقالة؛ لأنه هلك المعقود عليه قبل القَبْض على ما بينا.

ولو تبايعا عيناً بعين وتَقَابَضا ثم هلكت إحداهما في يد مشتريها، ثم تقايلا - صحت الإقالة، وعلى مشتري الهَالِك قيمة الهالك إن لم يكن له مثل، ومثله إن كان له مثل، فيسلمه إلى صاحبه ويسترد منه العين؛ لأن كل واحدٍ منهما مَبِيع على حدة؛ لقيام العقد في كل واحد منهما، ثم خرج الهالك من أن يكون قِيَام العقد به فيقوم بالآخر؛ وإذا بقي المبيع بقي محل الفَسْخ فيصح أو نقول: المبيع أحدهما والآخر ثمن؛ إذ المبيع لا بد له من الثمن، فإذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للبيع لما في من تصحيح العقد، وفي القلب إفْسَاده، فكان التصحيح أولى، فبقي البيع ببَقَاء المبيع فاحْتَمل الإقالة.

(١) سقط في ط.

٣/١٦٦أ وكذلك لو تَقَايلا والعينان قائمتان، ثم هلك أحدهما/ بعد الإقالة قبل الردّ ـ لا تبطل الإقالة؛ لأن هلاك إحْدَاهما قبل الإقالة لما لم يمنع صحة الإقالة ـ فهلاكها بعد الإقالة لا يمنع بقاءها على الصِّحة من طريق الأولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض؛ أنه لا ينْعَقد بأحد العرضين ابتداء، وإذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القَبْض يبطل البيع؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينعقد بأحد البدَلين ويبطل بهَلاَك أحد العرضين قبل القبض؛ لأن كل واحد من العرضين مَبِيع، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع.

فأما الإقالة فرفْع البيع، فتستدعي بقاء حُكْم البيع، وقد بقي ببقاء أحدهما وعلى هذا تَخْرج إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه أنها جائزة؛ سواء كان رَأس المال ديناً أو عيناً، وسواء كان قائماً في يد المسلم إليه أو هالكاً؛ لأن المَبِيع هو المسلم فيه وأنه قائم، وهذا لأن المسلم فيه وإن كان ديناً حقيقة، فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض، فكان كالمعقود عليه، وأنه قائم فوجَدَ شرط صحة الإقالة، وإذا صحت فإن كان رَأْس المال عين مال قائمة رده المسلم إليه بعينه، وإن كانت هالكة، فإن كان مما له مثل رد مثله، وإن كان ممَّا لا مثل له رد قيمته؛ وإن كان ديناً رد مثله قائماً كان أو هالكاً؛ لأنه لا يتعين بالتَّعيين فهلاكه وقيامة سواء، وكذلك لو كانت الإقالة بعد قبض المسلم فيه، وأنه قائِمٌ في يد رب السلم ـ أنه تصح الإقالة ثمة؛ لأنها صحت حال كَوْنه ديناً حقيقة، فحال صيرورته عيناً بالقبض أولى.

وإذا صحت فعلى ربّ السلم رد عين المقْبُوض؛ لأن المقْبوض بعقد السلم كأنه عين ما ورد عليه العقد؛ بدليلِ أنه يجوز بيعه مرابحةً على رأس المال، والمرابحة بيع ما اشتراه البَائِع بمثل الثمن الأول معَ زيادة ربح، وإذا كان المقبوض عَيْن ما ورد عليه العَقْد في التقدير والحكم ـ وجب رد عينه في الإقالة.

ولو اشْتَرى عبداً بنقْرة أو بمصوغ وتقابضا، ثم هلك العبد في يد المشتري، ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع ـ صحَّت الإقالة؛ لأن كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين، فكان معقوداً عليه، فيبقى البَيْع ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة، ويسترد من المشتري[1] قيمة العبد لكن ذهباً لا فضة؛ لأن الإقالة وردت على قيمة العبد، فلو استردَّ قيمته فضة والقِيمَة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدي إلى الربا، ولو كان العبد قائماً وقت الإقالة، ثم هلك قبل الرد على البائع ـ فعلى البَائِع أن يردّ الفضة ويسترد قيمة العبد إن شاء ذهباً وإن شاء فضة؛ لأن الإقالة. ههنا وردت على عين العبد، ثم وجبت القيمة على المشتري بدلاً للعبد، ولا ربا بين العبد وقيمته، والله تعالى أعلم.

---

(١) في أ: الثمن.

كِتَابُ الكَفَالَةِ

الكَلاَمُ في هذا الكتاب يَقَعُ في مواضع: في بيان ركن الكفالة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم الكفالة، وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة، وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا.

أما الركن، فهو الإِيجاب والقبول، الإِيجاب من الكفيل والقبول من الطالب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول الركن هو الإِيجاب فحسب.

فأمَّا القبول فليس بركن، وهو أحد قول الشافعي - رحمه الله - لما روي أن النبي - عليه الصّلاة والسلام - أتى بجنازة رجلٍ من الأنصار، فقال: «**هَلْ عَلَىٰ صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ**»[1] فقيل: نعم، درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليها، فقال سيدنا عليٌّ أو أبو قتادة - رضي الله عنهما - هما عليَّ يا رسول الله، فصلَّى عليها ولم ينقل قبول الطالب؛ ولأن الكفالة ضم لغةً، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تمليك؛ ألا يرى أنه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط، والتمليك لا يحتمل ذلك، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر.

والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته: اضمنوا عنى ما عليَّ مِنَ الدين لغرمائي، وهم غيبٌ فضمنوا ذلك فهو جائزٌ، ويلزمهم، وأي فرق بين المريض والصحيح.

ولهما: أن الكفالة ليست بالتزام محض، بل فيها معنى التمليك لما نذكر، والتمليك لا يتم إلا بالإِيجاب والقبول كالبيع، والجواب عن مسألة المريض نذكره من بعد، إن شاء الله تعالى.

فإذا عرفت أن ركن الكفالة الإِيجاب والقبول، فالإِيجاب من الكفيل أن يقول: أنا كفيلٌ، أو ضمينٌ، أو زعيمٌ، أو غريم أو قبيلٌ، أو حميلٌ، أو لك علي، أو لك قبلي، أو لك عندي.

أما لفظ الكفالة والضمان فصريحان، وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة، والغرامة بمعنى

---

(١) تقدم.

الضمان، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[١] أي: الكفيل ضامنٌ، وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضاً، يقال: قبلت به أقبل قبالة، وتقبلت به، أي: كفلت، قال الله تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلاً﴾ [سورة الإسراء، ٩٢] أي: كفيلاً يكفلوني بما يقول، والحميل بمعنى المحمول، فعيل بمعنى المفعول؛ كالقتيل بمعنى المقتول، وأنه ينبئ عن تحمل الضمان.

وقوله «عليَّ» كلمةُ إيجاب، وكذا قوله «إلَيَّ»، قال رسول الله ـ ﷺ ـ «**مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ وَمَنْ تَرَكَ دَيْناً فَإِلَيَّ وَعَلَيَّ**»[٢] وقوله: «قبلي» ينبئ عن القبالة، وهي الكفالة على ما ذكرنا.

وقوله «عندي»، وإن كانت مطلقة للوديعة، لكنه بقرينة الدين يكون كفالة، لأن قوله عندي يحتمل اليد ويحتمل الذمة؛ لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيهما جميعاً، فعند الإطلاق يحمل على اليد؛ لأنه أدنى، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة، أي: في ذمتي؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة.

وَأَمَّا القَبُولُ من الطالب فهو أَنْ يقول: قبلت، أو رضيت، أو هويت؛ أو ما يدل على هذا المعنى.

ثم ركن الكفالة في الأصل لا يخلو عن أربعة أقسام: إما أن يكون مطلقاً، أو مقيداً بوصفٍ، أو معلقاً بشرط، أو مضافاً إلى وقتٍ، فإن كان مطلقاً فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز، وهي ما نذكر إن شاء الله تعالى، غير أنه إن كان الدين على الأَصيل حالاً، كانت الكفالة حالة، وإن كان الدين عليه مؤجلاً، كانت الكفالة مؤجلة؛ لأن الكفالة بمضمون على الأَصيل فتتقيد بصفة المضمون.

وَأَمَّا المقيد فلا يخلو إما إن كان مقيداً بوصف التأجيل أو بوصف الحلول، فإن كانت الكفالة مؤجلة، فإن كان التأجيل إلى وقتٍ معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة، جاز، ثم إن كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى أجلٍ مثله، يتأجلَ إليه في حق الكفيل أيضاً، وإن سمى الكفيل أجلاً أزيد من ذلك أو أنقص، جاز، لأن المطالبة حق الطالب، فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه، وإن كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل إلى الأَجل المذكور، ويكون ذلك تأجيلاً في حقهما جميعاً في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة.

وجه هذه الرواية أَن الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به؛ كما إذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة.

---

(١) تقدم. (٢) تقدم.

وَجْهُ ظاهر الرواية أَن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، وَالدين واحد وهو على الأَصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة، بخلاف ما إِن كان بعد تمام العقد؛ لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة، وقد خص به الكفيل، فلا يتعدى إِلى الأصيل.

ولو كان الدين على الأصيل مؤجلاً إِلى سنة، فكفل به مؤجلاً إِلى سنة أو مطلقاً ثم مات الأصيل قبل تمام السنة، يحل الدين في ماله، وهو على الكفيل إِلى أجله؛ وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل الدين في مال الكفيل، وهو على الأصيل إِلى أجله؛ لأن المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر، وإِن كان التأجيل إِلى وقت مجهول، فإِن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه، فكفل إِلى هذه الأوقات، جاز عند أصحابنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يجوز.

وجه قوله أن هذا عقد إِلى أجل مجهول، فلا يصح كالبيع.

ولنا أن هذا ليس بجهالةٍ فاحشةٍ فتحملها الكفالة، وهذا لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها، بل لإِفضائها إِلى المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التقديم والتأخير لا تفضي إِلى المنازعة في باب الكفالة؛ لأنه يسامح في أخذ العقد ما لا يسامح في غيره؛ لإِمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل، بخلاف البيع؛ ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إِلى هذه الآجال متعارفة، ولو كانت الكفالة حالة فأخر إِلى هذه الأَوقات، جاز أيضاً لما ذكرنا، وإِن كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح، فالأجل باطلٌ، والكفالة صحيحةٌ؛ لأن هذه جهالة فاحشة، فلا تتحملها الكفالة، فلم يصح التأجيل فبطل، وبقيت الكفالة صحيحةٌ.

وَكَذَا لو كان على رجل دين فأجله الطالب إِلى هذه الأوقات، جاز، وإِن كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع؛ لأن تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير في الكفالة، وذا لا يؤثر في البيع؛ فكذا هذا؛ هذا إِذا كانت الكفالة مؤجلة، فأما إِذا كانت حالة، فإِنْ شَرَطَ الطالبُ الحلول على الكفيل جاز، سواء كان الدين على الأصيل حالاً أو مؤجلاً؛ لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له، فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل، ولو كفل حالاً ثم أجله الطالب بعد ذلك، يتأخر في حق الكفيل إِذا قبل التأخير دون الأصل؛ بخلاف ما إِذا كان التأجيل في العقد لما ذكرنا من الفرق.

وَلَوْ كَانَ الدين على الأَصل حالاً، فأخره الطالب إِلى مدةٍ وقبله المطلوب، جاز التأخير، ويكون تأخيراً في حق الكفيل، هذا إِذا كانت الكفالة مقيدة بوصف، فأما إِذا كانت معلقة بشرطٍ، فإِن كان المذكور شرطاً سبباً لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إِلى الأداء في الجملة، جاز؛ بأن قال: إِن استحق المبيع فأنا كفيل؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق؛ وكذا إِذا قال: إِذا قدم زيد فأنا كفيل؛ لأن قدومه وسيلة إِلى الأَداء في الجملة؛ لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو يكون مضاربة، فإِنْ لم يكنْ سبباً لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إِلى الأَداء في

الجملة، لا يجوز؛ بأن قال: إذا جاء المطر أو هبت الريح، أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل؛ لأن الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا، والأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطاً ألحق به تعلق بالظهور أو التوسل إليه في الجملة، فيكون ملائماً للعقد فيجوز؛ ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره.

ولو قال: إن قتلك فلان، أو إن شَجَّكَ فلان، أو إن غصبك فلانٌ، أو إن بايعت فلاناً - فأنا ضامنٌ لذلك؛ جاز لأن هذه الأفعال سبب لوجوب الضمان.

ولو قال: إن غصبك فلان ضَيْعَتَكَ، فأنا ضامنٌ، لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وجاز عند محمد. بناءً على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبي حنيفة، وعند محمد يتحقق.

ولو قال: من قتلك من الناس، أو من غصبك من الناس، أو من شَجَّكَ من الناس، أو من بايعك من الناس، لم يجز، لا من قبل التعليق بالشرط، بل لأن المضمون عنه مجهول، وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة.

ولو قال: ضمنت لك ما عَلَىٰ فلان إن توى، جاز؛ لأن هذا شرط ملائمٌ للعقد؛ لأنه مؤكد لمعنى التوسل إلى ما هو المقصود؛ وكذا لو قال: إن خرج من المصر ولم يعطك فأنا ضامنٌ، لما ذكرنا.

ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقتٍ بعينه، جاز؛ لأن هذا تأجيل الكفالة بالنفس إلى وقت معلوم، فيصح كالكفالة بالمال، وكذا سائر أنواع الكفالات في التعليق بالشرط والتأجيل والإضافة إلى الوقت سواء، لأن الكل في معنى الكفالة على السواء.

ولو قال: كفلت لك مالك على فلان حالاً، على أنك متى طلبته فلي أَجَلُ شهرٍ؛ جاز، وإذا طلبته منه فله أجل، ثم إذا مضي الشهر فله أن يأخذه متى شاء.

ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالاً؛ لم يجز، وله أن يطالبه متى شاء.

والفرق أن الموجود ههنا كفالتان: إحداهما: حالة مطلقة، والثانية: مؤجلة إلى شهر، معلقة بشرط الطلب، فإذا وجد الشرط ثبت التأجيل إلى شهر، فإذا مضى الشهر انتهى حكم التأجيل، فيأخذه بالكفالة الحالة، هذا معنى قوله في الكتاب: يأخذه متى شاء بالطلب الأول، بخلاف ما إذا كان التأجيل بالشرط بعد تمام العقد؛ لأن ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط، والتأجيل نفسه لا يحتمل التعليق بالشرط، فبطل.

ألا ترى أنه إذا كفل إلى قدوم زيد جاز، ولو كفل مطلقاً ثم أخر إلى قدوم زيد لم يجز؛ لما ذكرنا؛ كذا هذا.

ولو كفل بنفس المطلوب على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو الأَلف، فمضى الوقت ولم يواف به، فالمال لازم للكفيل؛ لأن هنا كفالتين بالنفس وبالمال، إلا أنه كفل بالنفس مطلقاً وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس، فكل ذلك جائز.

أما الكفالة بالنفس فلا شك فيها، وكذا الكفالة بالمال؛ لأن هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له، وهو الوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من قبل الأَصيل، فإذا لم يُوجد الشرط لزمه المال، وإذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لجواز أنْ يدعي عليه مَالاً آخر، فليزمه تسليم نفسه؛ وكذا إذا قال فعليه ما عليه وعليه ألف ولم يسم؛ لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، ويلزمه جميع الألف؛ لأنه أضاف الكفالة إلى ما عليه، والأَلف عليه؛ وكذا لو كفل لامرأة بصداقها إن لم يواف الزوج وصداقها وصيف، فالوصيف لازم للكفيل؛ لأن الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الأَصيل وهو الزوج؛ لأن الحيوان يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما ليس بمال، فيلزم الكفيل، ولو كفل بنفس رجل، وقال: إن لم أوافك به غداً فعليَّ ألفُ درهم، ولم يقل: الأَلف التي عليه، أو الأَلف التي ادعيت، والمطلوب ينكر، فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ وعند محمد ـ رحمه الله ـ لا يلزمه.

وجه قول محمد: أن هذا إيجاب المال معلقاً بالخطر ابتداء؛ لأنه لم توجد الإضافة إلى الواجب، ووجوب المال ابتداءً لا يتعلق بالخطر، فأما الكفالة بمال ثابت، فتتعلق بالخطر، ولم يوجد.

وجه قولهما: أَن مطلق الألف ينصرف إلى الأَلف المعهودة، وهي الأَلف المضمونة، مع ما أن في الصرف إلى ابتداء الإيجاب فساد العقد، وفي الصرف إلى ما عليه صحته، فالصرف إلى ما فيه صحة العقد أولى.

ولو كفل بنفسه على أن يوافي به إذا ادعى به، فإن لم يفعل فعليه الأَلف التي عليه، جاز لأنه كفل بالنفس مطلقاً، وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة، وهذا شرط ملائم للعقد لما ذكرنا، فإذا طلب منه المكفول له تسليم النفس، فإن سلم مكانه برئ، لأنه أتى بما التزم، وإن لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط، وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب، ولو قال: ائتني به عشية، أو غدوة، وقال الكفيل: أنا آتيك به بعد غد، فإن لم يأت به في الوقت الذي طلب المكفول له، فعليه المال لوجود شرط اللزوم، وإن أخر المطالبة إلى ما بعد غد كما قاله الكفيل، فأتى به، فهو بريء من المال؛ لأنه بالتأخير أبطل الطلب الأول، فلم يبق التسليم واجباً عليه، وصار كأنه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غد، وقد وجد وبرئ من المال، ولو كفل بالمال وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء، فوافاه من الغد، يبرأ من المال في رواية، وفي رواية لا يبرأ.

وجه الرواية الأخيرة إن قوله: «إن وافيتك به غداً فأنا بريء»، تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط، لأن فيها التمليك، والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط.

وجه الرواية الأولى أَن هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة، بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما، والأول أشبه، ولو شرط في الكفالة بالنفس أن يسلمه إليه في مجلس القاضي، جاز لأن هذا شرط مفيد، ويكون التسليم في المصر أو في مكان يقدر على إحضاره مجلس القاضي تسليماً إلى القاضي؛ لما نذكره إن شاء الله تعالى.

ولو شرط أن يسلمه إليه في مصر معين، يصح التقييد بالمصر بالإجماع، إلا أنه لا يصح التعيين عند أبي حنيفة، وعندهما يصح على ما نذكر، إن شاء الله تعالى.

ولو شرط أن يدفعه إليه عند الأَمير لا يتقيد به حتى لو دفعه إليه عند القاضي، أو عزل الأَمير وولى غيره، فدفعه إليه عند الثاني، جاز، لأن التقييد غير مفيدٍ، ولو كفل بنفسه فإن لم يواف به، فعليه ما يدعيه لطالب، فإن ادعى الطالب ألفاً، فإن لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل؛ لأنه لا يلزم بنفس الدعوى شيء، فقد أضاف الالتزام إلى ما ليس بسبب اللزوم، وكذا إذا أقر بها المطلوب؛ لأن إقراره حجة عليه لا على غيره، فلا يصدق على الكفيل، ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل، فعليه الأَلف؛ لأن البينة سبب لظهور الحق، وكذا إقرار الإِنسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به.

ولو كفل بنفسه على أَنه إن لم يواف به إلى شهر فعليه ما عليه، فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين، ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب، فالمال لازم للكفيل، ويضرب الطالب مع الغرماء، أما لزوم المال فلأن الحكم بعد الشرط يثبت مضافاً إلى السبب السابق، وهو عنده مباشرة السبب صحيح؛ ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض، تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث، وأما الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين؛ وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل؛ لأنه إذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه، فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق.

هذا إذا كانت الكفالة معلقة بالشرط، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ مضافة إلى وقت بأن ضمن ما أدان له على فلان، أو ما قضى له عليه، أما ما داين فلاناً، أو ما أقرضه، أو ما استهلك من ماله، أو ما غصبه، أو ثمن ما بايعه ـ صحت هذه الكفالة؛ لأنها أضيفت إلى سبب الضمان، وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال، والكفالة إن كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض، فجاز أن تحتمل الإِضافة.

ولو قال: كلما بايعت فلاناً فثمنه علي، أو ما بايعت، أو الذي بايعت، يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه، ولو قال: إن بايعت أو إذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة، ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها؛ لأن كلمة «كل» لعموم الأفعال؛ وكذا كلمة «ما» والذي للعموم وقد دخلت على المبايعة، فيقتضي تكرار المبايعة، ولم يوجد مثل هذه الدلالة في قوله: «إن بايعت» ونظائره، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل [في شروط الكفالة]

وأما شرائط الكفالة فأنواعٌ: بعضُها يرجع إلى الكفيل، وبعضُها يرجع إلى الأصيل، وبعضُها يرجع إلى المكفول له، وبعضُها يرجع إلى المكفول به، ثم منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هو شرط النفاذ.

أما الذي يَرْجع إلى الكفيل فأنواعٌ؛ منها العقل، ومنها البلوغ، وإنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأنها عقد تبرع، فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع، إلا أن الأَب أو الوصي لو استدان ديناً في نفقة اليتيم، وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه، جاز.

ولو أمره أَنْ يكفل عنه النفس لم يجز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط، فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً، فلم يكن متبرعاً، فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي، فلم يكن عليه، فكان متبرعاً فيه، فلم يجز.

ومنها: الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف، فلا تجوز كفالة العبد، محجوراً كان أو مأذوناً له في التجارة؛ لأنها تبرع، والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه، ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق؛ لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية، بل لحق المولى، وقد زال؛ بخلاف الصبي؛ لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية، فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ.

ولو أَذن له المولى بالكفالة، فإن كان عليه دين لم يجز؛ لأن إذنه بالتبرع لم يصح، وإن لم يكن عليه دين جازت كفالته، وتباع رقبته في الكفالة بالدين، إلا أن يفديه المولى، ولا تجوز كفالة المكاتب من الأجنبي؛ لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب الشرع ـ عليه الصّلاة والسلام ـ، سواء أذن له المولى أو لم يأذن؛ لأَن إذن المولى لم يصح في حقه، وصح في حق القن، ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق.

ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز؛ لأنهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرطٍ لصحة الكفالة، فتصح كفالة المريض، لكن من الثلث لأَنها تبرع.

وأما الذي يرجع إلى الأصل فنوعان:

أحدهما: أن يكون قادراً على تسليم المكفول به، إما بنفسه وإما بنائبه، عند أبي حنيفة، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده، وعند أبي يوسف ومحمد: تصح.

وجه قولهما أن الموت لا ينافي بقاء الدين؛ لأنه مال حكمي، فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة، ولهذا بقي إذا مات مليًا حتى تصح الكفالة به، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلساً، وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين، فكذا يصح الإبراء عنه والتبرع.

وجه قول أبي حنيفة: أن الدين عبارة عن الفعل، والميت عاجز عن الفعل، فكانت هذه كفالة بدين ساقط، فلا تصبح كما كفل على إنسان بدين ولا دين عليه إذا مات مليًا، فهو قادر بنائبه؛ وكذا إذا مات عن كفيل؛ لأنه قائم مقامه في قضاء دينه.

وَأَمَّا الإبراء والتبرع فَهُمَا في الحقيقةِ إبراءٌ عن المؤاخذة بسبب المماطلة في قضاء الدين والتبرع؛ بتخليصِ الميتِ عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة إرضاء الخصم بهبةِ هذا القدر منه، فإما أن يكون إبراء عن الدين وتبرعاً بقضائه حقيقة، فلا على ما عرف في الخلافيات.

والثاني: أن يكون معلوماً بأن كفل ما على فلان، فأما إذا قال على أحد من الناس، أو بعين، أو بنفس، أو بفعل؛ فلا يجوز؛ لأن المضمون عليه مجهول؛ ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة على هذا الوجه غير معروفة، فأما حرية الأصيل وعقله وبلوغه، فليست بشرط لجواز الكفالة؛ لأن الكفالة بمضمون ما على الأَصل مقدور الاستيفاء من الكفيل، وقد وجد.

أما العبد فلأن الدين واجب عليه، ويطالب به في الجملة، فأشبه الكفالة بالدين المؤجل، وأما الصبي والمجنون فلأن الدين في ذمتهما، والولي مطالب به في الحال، ويطالبان أيضاً في الجملة وهو ما بعد البلوغ والإفاقة، فتجوز الكفالة عن العبد وإن كان محجوراً، وعن الصبي والمجنون، إلا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى، وَإن كانت الكفالة بإذنهم؛ لما نذكر في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وكذا لا يشترط حضرته، فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس؛ لأن الحاجة إلى الكفالة في الغالب في مثل هذه الأحوال، فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون، وأما الذي يرجع إلى المكفول له فأنواعٌ:

منها: أن يكون معلوماً حتى إذا كفل لأحد من الناس لا تجوز؛ لأن المكفول له إذا كان مجهولاً لا يحصل ما شرع له الكفالة، وهو التوثق.

ومنها: أن يكون في مجلس العقد، وأنه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى إن من كفل لغائب عن المجلس، فبلغه الخبر فأجاز، لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر.

وعن أبي يوسف روايتان، وظاهر إطلاق محمد في الأصل أنها جائزة على قوله الآخر، يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلاً، لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد؛ لأن محمداً ربما يطلق الجواز على النافذ، فأما الموقوف فنسميه باطلاً إلا أن يجيز، وهذا الإطلاق صحيح؛ لأن الجائز هو النافذ في اللغة، يُقال: جاز السهم إذا نفذ.

وجه قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب؛ أن معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل، فكان إيجابه كل العقد، والدليل عليه مسألة المريض.

وجه قولهما ما ذكرنا أن فيه معنى التمليك، والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول، فكان الإيجاب وحده شرط العقد، فلا يقف على غائب عن المجلس، كالبيع، مع ما أنا نعمل بالشبهين جميعاً، فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت، ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتباراً للشبهين بقدر الإمكان.

وأما مسألة المريض، فقد قال بعضُ مشايخنا: أن جواز الضمان هناك بطريق الإيصاء بالقضاء عنه بعد موته، لا بطريق الكفالة، ويكون قوله: اضمنوا عني، إيصاء منه إليهم بالقضاءُ عنه، حتى لو مات ولم يترك شيئاً لا يلزم الورثة شيء، فعلى هذا لا يلزم، وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة.

ووجهه ما أشار إليه أبو حنيفة عليه الرحمة في الأصل، وقال هو بمنزله المعبر عن غرمائه، وشرح هذه الإشارة ـ والله، عزَّ وجلَّ، أعلم ـ أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله، ويصير بمنزلة الأجنبي عنه، حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم.

ولو قال أجنبي للورثة: اضمنوا لغرماء فلان عنه، فقالوا: ضمنا، يكتفي به؛ فكذا المريض، والله ـ عَزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومنها: وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلاً، فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنهما ليسا من أهل القبول، ولا يجوز قبول وليهما عنهما؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول، ومن قبل لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر قبوله.

وأما حرية المكفول له فليست بشرط؛ لأن العبد من أهل القبول.

وأما الذي يرجع إلى المكفول به فنوعان:

(أحدهما): أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل، سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس، عند أصحابنا، إلا أنه يشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها.

وجملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع: عين، ودين، ونفس، وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس؛ أما العين فنوعان: عين هي أمانة، وعين هي مضمونة؛ أما العين التي هي أمانة فلا تصح الكفالة بها، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها، وعينها ليست بمضمونة، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر، جاز؛ لأنهما مضمونا التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل، وهو فعل التسليم، فصحت.

وأما العين المضمونة فنوعان: مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء، ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن، فتصح الكفالة بالنوع الأول؛ لأنه كفالة بمضمون بنفسه.

ألاَ ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله، أو قيمته حال هلاكه، فيصير مضموناً على الكفيل على هذا الوجه أيضاً، ولا تصح بالنوع الثاني؛ لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه.

ألاَ ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري.

وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين؛ ألا يرى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره.

وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن؛ لأن المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل، وهو فعل التسليم، فصحت الكفالة به، لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل؛ لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل، فلا يبقى على الكفيل.

وَلَو استأجر دَابة للحمل، فكفل رجل بالحمل، فإن كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل، وإن كانت بغير عينها جازت؛ لأَنَّ في الوجه الأول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة، دون الحمل، فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الأصيل، فلم تجز.

وفي الوجه الثاني: الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة، فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل فجازت، وعلى هذا إذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا؛ لأن الكفالة بالنفس كفالة بالفعل، وهو تسليم النفس، وفعل التسليم مضمون على الأصيل، فقد كفل بمضمون على الأصيل، فجاز؛ وكذا إذا كفل برأسه، أو بوجهه، أو برقبته، أو بروحه، أو بنصفه.

والأصل فيه أنه إذا أضاف الكفالة إلى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها، جازت؛ لأن هذه الأجزاء يعبر بها عن جملة البدن، فكان ذكرها ذكراً للبدن؛ كما في «باب الطلاق» و«العتاق».

وكذا إذا أضاف إلى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما، جازت؛ لأن حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة، والنفس في حق وجوب التسليم لا تتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله؛ كما في الطلاق والعتاق، وإذا أضافها إلى اليد أو الرجل ونحوهما من الأجزاء المعينة، لا تجوز؛ لأن هذه الأعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن، وهي في حكم الكفالة متجزئة، فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن؛ كما في الطلاق والعتاق، ولو قال في الكفالة بالنفس هو علي؛ جاز لأن هذا صريح في التزام تسليم النفس.

وكذا إذا قال: أنا ضامنٌ لوجهه؛ لأن الوجه جزء جامع، ولو قال: أنا ضامن لمعرفته، لا تصح؛ لأن المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الأصيل، ولو قال للطالب: أنا ضامنٌ لك، لم يصح لأن المضمون غير معلوم أصلاً، ثم ما ذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل أنها صحيحة، وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: أنها غَيْرُ صحيحةٍ.

وجه قوله أن الكفالة أضيفت إلى غير محلها، فلا تصح، ودلالة ذلك أن الكفالة التزام الدين، فكان محلها الدين، فلم توجد، والتصرف المضاف إلى غير محله باطلٌ، ولأن القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الإعتاق لا تتحقق.

ولنا: قوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [سورة يوسف، ٧٢] أخبر الله ـ عزَّ شأنُهُ ـ عن الكفالة بالعين عن الأمم السالفة، ولم يغير، والحكيم إذا حكى عن منكرٍ غَيَّرَهُ، ولأن هذا حكم لم يعرف له مخالفٌ من عصر الصحابة والتابعين إلى زمن الشافعي ـ رحمه الله ـ فَكَانَ الإِنْكَارُ خروجاً عن الإجماع، فكان باطلاً، ولما ذكرنا أن هذه الكفالة أُضيفت إلى مضمون على الأَصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح أصله الكفالة بالدين.

وقوله: الكفالة التزام الدين، ممنوع؛ بل هي التزام المطالبة بمضمون على الأصيل، وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً، والعين مقدورة التسليم في حق الأصيل كالدين.

عبد مقر بالرق في يد رجلٍ فأخذ منه المولى كفيلاً بنفسه، فأبق، فهو باطل؛ لأنه كفل بما ليس بمضمون.

وكذا لو كفل بعد إباقه لما قلنا؛ وكذا لو ادعى رجل على إنسان أنه عبده، وأنكر المدعى عليه، وزعم أنه حُرٌّ، وكفل رجل بنفسه، حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه، لا شيء على الأصيل لما ذكرنا، ولو كان المدعي في يد ثالث، فقال أنا ضامن لك قيمة هذا إن استحقيته، صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده، فمات المدعى عليه، فالكفيل ضامنٌ كل قيمته؛ لأن بإقامة البينة تبين أنه كفل بمضمون.

صبيٌّ في يد رجلٍ يدعي أنه ابنه، وادعى رجل آخر أنه عبده، فضمن له إنسان، فأقام المدعي البينة وقد مات الصبي، فالكفيل ضامن؛ لما ذكرنا أنه لما قامت البينة تبين أنه كفيل بمضمون.

وعن محمدٍ فيمن ادعى على إنسان أنه غصبه عبداً، فَقَبْلَ أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامنٌ بالعبد الذي يدعي، فهو ضامن حتى يأتي بالعبد فيقيم البينة عليه؛ لأنه كفل بمضمون على الأصيل، وهو إحضاره مجلس القاضي، فإن هلك واستحقه ببينة، فهو ضامن لقيمته؛ لأنه تبين أنه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه.

وَلَوِ ادَّعَىٰ أنه غصبه ألف درهم واستهلكها، أو عبداً ومات في يده، فقال رجلٌ خله: فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد، فهو ضامن، يأخذه به من ساعته، ولا يقف على إقامة البينة؛ لأن بقوله: أنا ضامن لقيمة العبد، أَقَرَّ بكون القيمة واجبة على الأصيل، فقد كفل بمضمون على الأصيل، فلا يقف على البينة؛ بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك ما عرف وجوب القيمة بإقراره، بل بإقامة البينة، فتوقف عليها.

والنوع الثاني: أَنْ يَكُونَ المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل؛ ليكون العقد مفيداً، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص؛ لتعذر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها[1]، وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين، وهو أن يكون لازماً، فلا تصح الكفالة عن المكاتب

---

(١) ولا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ مَن عليه حَدٌّ، سواءٌ كان حَقًّا لله تعالى، كحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ، أو لآدَمِيٍّ، كحَدِّ القَذْفِ والقِصَاصِ. وهذا قَوْلُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ؛ منهم شُرَيْحٌ، والحَسَنُ. وبه قال إسحاقُ، وأبو عُبَيْدٍ، وأبو ثَوْرٍ، وأصحابُ الرَّأْيِ. وبه قال الشَّافِعِيُّ في حُدُودِ الله تعالى، واخْتَلَفَ قولُه في حُدُودِ الآدَمِيِّ، فقال في مَوْضِعٍ: لا كَفَالَةَ في حُدُودِ الآدَمِيِّ ولا لِعَانَ. وقال في مَوْضِعٍ: تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِمَن عليه حَقٌّ أو حَدٌّ؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِيٍّ، فَصَحَّتِ الكَفَالَةُ به، كسَائِرِ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ. ولَنَا، ما رُوِيَ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ، عن أبِيهِ، عن جَدِّه، عن النَّبِيِّ ﷺ، أنَّه قال: «لا كَفَالَةَ في حَدٍّ». ولأنَّه حَدٌّ، فلم تَصِحَّ الكَفالَةُ فيه كحُدُودِ الله تعالى، ولأنَّ الكَفَالَةَ اسْتِيثاقٌ، والحُدُودُ مَبْناها على الإسْقاطِ والدَّرْءِ بالشُّبُهاتِ، فلا يَدْخُلُ فيها الاسْتِيثاقُ، ولأنَّه حَقٌّ لا يَجوزُ اسْتِيفاؤه من الكَفِيلِ إذا تَعَذَّرَ عليه إحْضَارُ المَكْفُولِ به، فلم تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِمَن هو عليه، كَحَدِّ الزِّنَى.

ينظر: المغني (٧/ ٩٨ ـ ٩٩).

لمولاه ببدل الكتاب؛ لأنه ليس بدين لازم؛ لأن المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز، لا بالكسب بمضمون.

وتجوزُ الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس، وما دونها، وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً بلا خلاف بين أصحابنا، وهو الصحيح، لأنه كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين، وإنما الخلاف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب، هل يجبره القاضي عليه؟ قال أبو حنيفة: لا يجبره، وقال أبو يوسف ومحمد: يجبره.

وجه قولهما أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب؛ كنفس من عليه الدين، ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين، ويجبر عليها عند الطلب؛ فكذا هذا.

ولأبي حنيفة أن الكفالة شرعت وثيقة، والحدود مبناها على الدرء، فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة، ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود، والحبس توثيق؛ لأن الحبس للتهمة لا للتوثيق؛ لأن شهادة شاهدين أو شاهد واحدٍ لا تخلو عن إيراث تهمة، فكان الحبس لأجل التهمة دون التوثيق، ويجوز الجبر على إعطاء الكفيل في التعزير؛ لأنه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد.

وأما الدين فتصح الكفالة به بلا خلافٍ؛ لأنه مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

والنوع الثاني: أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل؛ ليكون العقد مفيداً، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها، وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين؛ وهو أن يكون لازماً، فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة؛ لأنه ليس بدين لازم؛ لأن المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب، فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة، لكان لا يخلو.

أَما أن يملك الكفيل إسقاطه عن نفسه كما يملك الأصيل، وإما أن لا يملك، فإن ملك لا تفيد الكفالة، وإن لم يملك لم يكن هذا الالتزام ما على الأصيل، فلا يتحقق التصرف كفالة، ولأنا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الأَصيل؛ لأَن المكاتب إذا مات عاجزاً بطل عنه الدين.

ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين، فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الأصيل، وهذا خلاف ما توجبه الأصول، ولأن الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه، ولا عرف في الكفالة ببدل الكتابة.

وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة، لأن غيره من الديون إنما وجب للمولى عليه بمشيئته؛ ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين

آخر، فكان دين الكتابة أصلاً لوجوب دين آخر عليه، فلما لم تجز الكفالة بالأصل فلأن لا تجوز بالفرع أَوْلَى وأحرى.

ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبي حنيفة، وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده، وعندهما بمنزلة حر عليه دين، وكون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر في الدين ليس بشرط؛ حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين؛ بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه، وهو ألف، جاز، وعليه أحدهما أيهما شاء؛ لأن هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان، فلا تمنع جواز الكفالة.

وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه، أو بنفس رجل آخر أو بما عليه؛ جاز ويبرأ بدفع واحدٍ منهما إلى الطالب.

ولو كفل عن رجلٍ بما لفلان عليه، أو بما يدركه في هذا البيع، جاز؛ لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة؛ قال الله تعالى جلَّ شأنه: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [سورة يوسف، ٧٢] أَجَازَ الله ـ تَعَالى عَزَّ شأْنُهُ ـ الكفالة بحمل البعير، مع أَنَ الحمل يحتمل الزيادة والنقصان، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو ضمن رجل بالعهدة، فضمانه باطل عند أبي حنيفة، وعندهما صحيح.

وجه قولهما أن ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا.

ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن العهدة تحتمل الدرك، وتحتمل الصحيفة، وهو الصك، وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون، فلا تصح مع الشك، فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به، بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز، وهو كونه مضموناً على الأصيل، وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وإذا استحق المبيع يخاصم المشترى البائع أولاً، فإذا قضى عليه الثمن يكون قضاء على الكفيل، وله أن يأخذ من أيهما شاء، وليس له أن يخاصم الكفيل أولاً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: الكفيل يكون خصماً.

هذا إذا كان المبيع ما سوى العبد، فإن كان عبداً فظهر أنه حر بالبينة، فللمشتري أن يخاصم أيهما شاء، بالإجماع، ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب، أو بخيار الشرط، أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل؛ لأن ذلك ليس من الدرك.

ولو أخذ المشتري رهناً بالدرك لا يصح؛ بخلاف الكفالة بالدرك؛ والفرق عرف في موضعه، ولو بنى المشتري في الدار بناء، ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء، فللمشتري أنْ

يَرْجِعَ على بائعه بالثمن، وبقيمة بنائه مبنياً إذا سلم النقض إلى البائع، وإن لم يسلم لا يرجع عليه إلا بالثمن خاصَّةً في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتآلف.

ولو سلم النقض إلى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له أن يأخذ أيهما شاء بالثمن ويأخذ البائع بقيمة البناء في ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً إن شاء أخذهما من البائع، وإن شاء أخذهما من الكفيل بالدرك، ثم يرجع الكفيل على البائع إن كانت الكفالة بأمره؛ جعل الطحاوي قيمة البناء بمنزلة الثمن، وهو غير سديدٍ؛ لأن المفهوم من الدرك ضمان المشتري في متعارف الناس، فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك.

وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري، ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر، فإن المشتري يأخذ الثمن من أيهما شاء؛ ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد، وللمشتري أن يأخذ قيمة الولد من البائع خَاصَّةً؛ لأَنه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك، والله ـ عَزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو كفل بماله على فلان، فقامت البينة عليه بألف، ضمنها الكفيل؛ لأنه تبين أنه كفل بمضمون على الأصيل، وإن لم تقم البينة فالقولُ قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقر به، أما القول قوله في المقر به؛ لأنه مال لزم بالتزامه، فيصدق في القدر الملتزم؛ كما إذا أقر على نفسه بمالٍ مجهول.

وأما اليمين؛ فلأنه منكر الزيادة، والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع، ولو أقر المكفول عنه بأكثر مما أقر به، لم يصدقه على كفيله؛ لأَن إقرار الإنسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره؛ لأنه مقر في حق نفسه مدع في حق غيره، ولا يظهر صدق المدعي إلا بحجة.

فصل [في حكم الكفالة]

وأما بيان حكم الكفالة، فنقول وبالله التوفيق: للكفالة حكمان:

أحدهما: ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل عند عامة مشايخنا، ويطرد هذا الحكم في سائر أنواع الكفالات؛ لأن الكل في احتمال هذا الحكم على السواء، وإنما يختلف محمل الحكم من العين والدين والفعل، فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الأصيل لا عليه، فالدين على واحد، والمطالب به اثنان، غير أن الكفيل إن كان واحداً يطالب بكل الدين.

وإن كان به كفيلان والدين ألف، يطالب كل واحد منهما بخمسمائة، إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه؛ لأنهما استويا في الكفالة، والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشراء، ويطالب الكفيل بالنفس بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً.

وإن كان غائباً يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي، حبسه إلى أن يظهر عجزه له، فإذا علم القاضي ذلك بشهادة الشهود أو غيرها، أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره؛ لأنه بمنزلة المفلس، لكن لا يحول بين الطالب والكفيل، بل يلازمه من الطالب، ولا يحول الطالب أيضاً بينه وبين أشغاله، ولا يمنعه من الكسب وغيره، ويطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها إن كانت قائمة، ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة، ويطالب الكفيل بتسليم العين بالفعل بهما.

وقال بعضُ مشايخنا: إن حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل، والمطالبة مرتبة عليه، فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الأصيل؛ كما يطالب الأصيل بدين عليه لا على الكفيل، فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة، وبه أخذ شيخه الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ، وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالأعيان المضمونة والنفس والفعل؛ لأن هذا الحكم لا يتحقق في الكفالة بغير الدين.

وهذا غيرُ سديدٍ؛ لأن الكفالات أنواعٌ لكلِّ نوع حكم على حدة، فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر، فأما براءة الأصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء، والطالب بالخيار: إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، إلاَّ إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل؛ لأنها حوالة معنى، أو كانت مقيدة بما عليه من الدين؛ لأنها في معنى الحوالة أيضاً.

وقال ابن أبي ليلى: إن الكفالة توجب براءة الأصيل، والصحيحُ قول العامة؛ لأن الكفالة تنبئ عن الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل، أو في حق أصل الدين، والبراءة تنافي الضم؛ ولأن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حواله، وهما متغايران، لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل، وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته.

فرق بين هذا وبين غاصب الغاصب أن للمالك أن يضمن أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر.

ووجه الفرق أن المضمونات تملك عند اختيار الضمان، فإذا اختار تضمين أحدهما فقد

هلك المضمون، فلا يملك الرجوع عنه، وهذا المعنى هنا معدوم، لأن اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون، لا يتضمن ملك المضمون؛ فهو الفرق؛ وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر، حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد، فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر؛ لأنه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولاً إلى المعتق عند اختياره؛ لأن المضمونات تملك عند اختيار الضمان، فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق، وإنما يعتق كله بأداء السعاية وبينهما تناف، ولا تناف ههنا؛ لأن الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة، فيملك مطالبة الآخر، والثاني ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره في الأنواع كلها.

ثم إذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالبه، وإنْ كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إذا كانت قائمة، وتسليم مثلها أو قيمتها إذا كانت هالكة إذا طولب به، وَإِن كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما، وإن كانت بدين يطالبه بالخلاص إذا طولب، فَكَمَا طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص، وَإِن حبس فله أن يحبس المكفول عنه؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة، فكان عليه تخليصه منها.

وَإِن كانت الكفالة بغير أمره، فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم، ولا حق الحبس إذا حبس، وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو، وإن كانت الكفالة بأمره؛ لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتمليك؛ على ما نذكره، وكل ذلك يقف على الأداء ولم يوجد؛ بخلاف الوكيل بالشراء أن له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أَنْ يؤدي هو من مال نفسه؛ لأن هناك الثمن يقابل المبيع، والملك في المبيع كما وقع وقع للموكل، فكأن الثمن عليه فكان له أن يطالبه به، وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك، ولم يوجد هنا، وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره؛ لأن الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض، وهو طلب القرض من الكفيل، والكفيل بأداء المال مقرِضٌ من المطلوب، ونائبٌ عنه في الأداء إلى الطالب، وفي حق الطالب تمليك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يَرْجِعُ على المستقرض بما أقرضه، والمشتري يملك الشراء بالبيع لا غير هذا.

فصل [فيما يخرج به الكفيل عن الكفالة]

وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة، فنقول وبالله تعالى التوفيق: أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحدِ أمرين:

أحدهما: أداء المال إلى الطالب، أو ما هو في معنى الأداء، سواء كان الأَداء من الكفيل

أو من الأصيل؛ لأن حق المطالبة للتوسل إلى الأداء، فإذا وجد فقد حصل المقصود، فينتهي حكم العقد، وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء لما ذكرنا.

وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل؛ لأن الصدقة تمليك كالهبة، فَكَانَ هو وأداء المال سواءً كالهبة.

والثاني: الإبراء وما هو في معناه: فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل، خرج عن الكفالة؛ غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، إنما عليه حق المطالبة، فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة؛ لأن المطالبة بالدين ولا دين محال[1].

فَأَما إبراء الكفيل، فإبراؤه عن المطالبة لا عن الدين، إذ لا دين عليه وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل، لكن يخرج الكفيل عن الكفالة؛ لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فإذا سقط تنتهي، إلا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد؛ وكذا الهبة منه أو التصدق عليه، وَإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه، والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وَإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصيل، عاد الدين إلى ذمته، وهل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل؟ اختلف المشايخ فيه.

ولو أبرأ الأصيل أو وهب منه بعد موته، فرد ورثته، يرتد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ وعند محمد رحمه الله لا يرتد.

وجه قوله أن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد، وهناك لا يرتد برد الورثة؛ فكذا هذا.

---

(١) وإذا قال المَكْفُولُ له لِلْكَفِيلِ: أَبْرَأْتُكَ من الكَفَالَةِ. بَرِئَ؛ لأنه حَقُّه، فيَسْقُطُ بإسْقَاطِه، كالدَّيْنِ. وإن قال: قد بَرِئْتَ إلَيَّ منه. أو قد رَدَدْتَهُ إلَيَّ. بَرِئَ أيضاً؛ لأَنَّه مُعْتَرِفٌ بوفَاءِ الحَقِّ، فهو كما لو اعْتَرَفَ بذلك في الضَّمانِ. وكذلك إذا قال: بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي كَفَلْتَ به. ويَبْرَأُ الكَفِيلُ في هذه المَوَاضِعِ دون المَكْفُولِ به. ولا يكونُ إقْرَاراً بِقَبْضِ الحَقِّ. وهذا قول محمدِ بن الحَسَنِ. وقيل: يكونُ إقْراراً فيما يَقْتَضِي الحقُّ إقْرَارَه، فيما إذا قال: بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي كَفَلْتَ به. والأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لأنَّه يُمْكِنُ بَرَاءَتُه بدون قَبْضِ الحَقِّ، بإبْرَاءِ المُسْتَحِقِّ، أو مَوْتِ المَكْفُولِ به. فأمَّا إن قال لِلْمَكْفُولِ به: أَبْرَأْتُكَ عمَّا لي قِبَلَكَ من الحَقِّ. أو بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي قِبَلَكَ. فإنَّه يَبْرَأُ من الحَقِّ، وتَزُولُ الكَفَالَةُ؛ لأنَّه لَفْظٌ يَقْتَضِي العُمُومَ في كلِّ ما قبلَه. وإن قال: بَرِئْتَ من الدَّيْنِ الذي كَفَلَ به فُلَانٌ. بَرِئَ، وبَرِئَ كَفِيلُه.
ينظر المغني (١٠٦/٧).

ولهما أن إبراءه بعد موته إبراء لورثته؛ لأنهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته، وإبراء الورثة يرتد بردهم، بخلاف حال الحياة؛ لأنهم لا يطالبون بدينه بوجه، فاقتصر حكم الإبراء عليه، فلا يرتد برد الورثة.

وكذا لو قال الطالب للكفيل: برئت إلي من المال؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء؛ لأنه جعل نفسه غاية لبراءته، والبراءة التي هي غايتها نفسه هي براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً؛ لأن استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً، فيرجع الكفيل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره؛ لما ذكرنا.

وَلَوْ قَالَ: برئت من المال ولم يقل إليّ؛ فكذلك عند أبي يوسف، وهذا وقوله برئت إلى سواء عنده، وعند محمد يبرأ الكفيل دون الأصيل، وهذا وقوله «أبرأتك» سواء عنده.

وجه قول محمد أن البراءة عن المال قد تكون بالأداء، وقد تكون بالإبراء، فلا تحمل على الأداء إلا بدليل زائد، وقد وجد ذلك في الفصل الأول، وهو قوله «إلي» لأن ذلك ينبئ عن معنى الأداء لما ذكرنا، ولم يوجد هنا، فحمل على الإبراء؛ لأن البراءة حكم الإبراء في الأصل.

وجه قول أبي يوسف أن البراءة المضافة إلى المال تستعمل في الأداء عرفاً وعادةً فتحمل عليه، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط؛ لأن البراءة فيها معنى التمليك، والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط، ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب، فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة.

وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً، عند عامة مشايخنا، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وإبراء الكفيل.

والأصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا، وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة؛ لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلاً؛ لما يأتي في «كتاب الحوالة»، إن شاء الله تعالى.

وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح، كما يخرج بالحوالة؛ بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعي؛ لأن الصلح على جنس المدعي إسقاط بعض الحق، فكان فيه معنى الإبراء، وعلى خلاف الجنس معاوضة، فكان في معنى الإبراء، وكل ذلك يخرج عن الكفالة؛ غير أن في حالين يبرأ الكفيل والأصيل جميعاً، وفي حال يبرأ الكفيل دون الأصيل.

أما الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والأصيل جميعاً:

إحداهما: أن يقول الكفيل للطالب: صالحتك من الألف على خمسمائة على أني

والمكفول عنه برئان من الخمسمائة الباقية، ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار، إِن شاء أخذها من الكفيل، ثم الكفيل يرجع بها على الأصيل، إِن شاء أخذها من الأصيل.

والثانية: أَنْ يقول: صالحتك على خمسمائة، مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً، لما ذكرنا قبل هذا إن الإِبراء المضاف إِلى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة إِلى الكفيل إِبراء عن الدين، والدين واحد، فإذا سقط عن الأصيل سقطت المطالبة عن الكفيل.

وَأَما الحوالة التي يبرأ الكفيل فيها دون الأصيل، فهي أن يقول الكفيل للطالب: صالحتك على أني بريء من الخمسمائة، وقد بينا الفرق من قبل، والطالب بالخيار إِن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل، وإِن شاء أخذ الكفيل خمسمائة ومن الأَصيل خمسمائة، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إِن كان الصلح بأمره.

وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء:

إِحداهما: تسليم النفس إِلى الطالب، وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إِحضاره مجلس القاضي؛ لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو إِمكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي، فإذا حصل المقصود ينتهي حكمه فيخرج عن الكفالة.

وَلَوْ سلمه في صحراء أو برية لا يخرج؛ لأنه لم يحصل المقصود، ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج، سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي، أما إذا أطلق فظاهر؛ لأنه يتقيد بمكان يَقْدِرُ عَلَىٰ إِحضاره مجلس القاضي بدلالة الغرض، وكذا إذا قيد لأن التسليم في هذه الأمكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة، ولو شرط أن يسلمه في مِصْرٍ معين فسلمه في مِصْرٍ آخر، يخرج عن الكفالة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يخرج عنها إِلا أن يسلمه في المصرِ المشروط.

وجه قولهما أن التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على إقامتها فيه دون غيره، فكان التعيين مفيداً فيتقيد به.

وجه قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ما ذكرنا أَنَّ المقصود من تسليم النفس هو الوصول إِلى الحق بالمرافعة إِلى القاضي، وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاضٍ، فلا يصح التعيين، ولو سلمه في السواد ولا قاضي فيه، لا يخرج عن الكفالة لأن التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة إِلى المقصود، فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة، ولو شرط أن يدفعه إِليه عند الأمير، فدفعه إِليه عند القاضي، يخرج عن الكفالة.

وكذا إِذا عزل الأمير وولي غيره فدفعه إِليه عند الثاني؛ لأن التسليم عند كلِّ مَنْ ولي ذلك محصل للمقصود، فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد.

ولو كفل جماعة بنفس رجل كفالة واحدة، فأحضره أحدهم، برؤوا جميعاً، وإِن كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون.

ووجه الفرق أن الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد، وهو الإِحضار، وقد حصل ذلك بواحد، والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة، فلا يحصل بإحضار واحد الإبراء به، فيبرأ هو دون الباقين، وليس هذا كما إذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة، فأدى أحدهم برئ الباقون، لأن الدين يسقط عن الأصيل بأداء المال، فلا يبقى على الكفيل لما مر، والله سبحانه ـ وتعالى ـ أعلم.

وَلَوْ كفل بنفس رجلٍ فإن لم يواف به غداً فعليه ما عليه، وهو كذا فلقي الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه، فالمال على الكفيل، وإِن لازمه إلى آخر اليوم لأنه لم يوجد من الكفيل الموافاة به.

وَلَوْ قَالَ الرجل للطالب: قد دفعت بنفسي إِليك عن كفالة فلان، يبرأ الكفيل من المال، سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا؛ لأنه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه، فيصح التسليم؛ كمن تبرع بقضاء دين غيره أن هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه.

والفرق أَنَّ انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع؛ لأن نَفْسَهُ ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به، وهذا المعنى هنا معدوم؛ لأن تسليم نفسه واجب عليه، ولا منة في أداء الواجب، سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره؛ لأن نفسه مضمون التسليم في الحالين.

والثاني: الإِبراء إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة؛ لأَن حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس، وقد أسقط المطالبة عنه بالإِبراء، فينتهي الحق ضرورة، ولا يكون هذا الإِبراء للأصيل؛ لأنه أسقط المطالبة عنه دون الأصيل.

وَلَوْ أبرأ الأصيل برئا جميعاً، لأَن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد بطل الضمان بالإِبراء، فينتهي حكم الكفالة.

والثالث: موت المكفول بنفسه؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عنه، فيسقط عن الكفيل؛ والله ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ أعلم.

وأما الكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها والأفعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين:

أحدهما: تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة، ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل.

والثاني: الإبراء، فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكاري؛ لأن نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم، والله ـ تعالى ـ أعلم.

فصل [في رجوع الكفيل]

وأما رجوع الكفيل، فجملة الكلام في الرجوع في موضعين:

أحدهما: في شرائط ولاية الرجوع.

والثاني: في بيان ما يرجع به.

أما الشرط فأنواع: منها: أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه؛ لأَن معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه، ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء، وقال مالكٌ ـ رحمه الله ـ: يرجع، والصحيحُ قول العامة؛ لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير، فلا يحتمل الرجوع.

ومنها: أن يكون بإذن صحيح، وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين، حتى أنه لو كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى، لا يرجع؛ لأن إذنه بالكفالة لم يصح؛ لأَنه من المكفول عنه استقراض، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان.

وَأَمَّا العبد المحجور فإذنه بالكفالة صحيحٌ في حق نفسه حتى يَرْجع عليه بعد العتاق، لكن لا يصح في حق المولى، فلا يؤاخذ به في الحال، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومنها: إضافة الضمان إليه بأن يقول: اضمن عنِّي، ولو قال: اضمن كذا، ولم يضف إلى نفسه، لا يرجع؛ لأنه إذا لم يضف إليه فالكفالة لم تقع إقراضاً إياه، فلا يرجع عليه.

ومنها: أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأَداء إليه، فلا يملك الرجوع قبل الأَداء، لأَن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بأداء المال، فلا يملك الرجوع قبله.

ومنها: أَنْ لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله، فأما إذا كان فلا يرجع؛ لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً؛ إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أَنْ يرجع عليه أيضاً، فلا يفيد، فيسقطان جميعاً.

وَلَوْ وَهَبَ صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل؛ لأن الهبة في معنى الأداء؛ لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الأصيل، فيرجع عليه؛ كما إذا ملكه بالأداء، وإذا وهب

الدين من الأصيل برئ الكفيل؛ لأن هذا وأداء المال سواءٌ؛ لأنه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته؛ كما إذا أدى، ومتى برئ الأصيل برئ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

وَلَوْ مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأن الإرث من أسباب الملك، فيملكه الأصيل، ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى.

وَلَوْ أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل؛ لأن الإبراء إسقاط، وهو في حق الكفيل إسقاط المطالبة لا غير، ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل، فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلاً، فلا يرجع.

وَلَوْ أبرأ للكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه، جاز؛ حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه؛ لأن سبب وجوب الحق له على الأصيل؛ وهو العقد بإذنه - موجود، والإبراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائزٌ؛ كالإبراء عن الأجرة قبل مضي مدة الإجارة، ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الأصيل لما كفل عنه ودفع إلى الكفيل، ينظر: إن دفعه إليه على وجه القضاء يجوز؛ لأن ولاية الرجوع على الأصيل إن لم تكن ثابتة له في الحال، لكنها ثبتت بعد الأداء، فأشبه الدين المؤجل إذا عجله المطلوب قبل حل الأجل أنه يقبل منه ويكون قضاء؛ كذا هذا.

وبرئ الأصيل من دين الكفيل، ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له، وله أن يطالب أيهما شاء، فإن أخذ من الأصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لأنه تبين أنه لم يكن قضاء، وإن كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح، هل يطيب له الربح؟ ينظر: إن كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالإجماع؛ لأنهما لا يتعينان في عقود المعاوضات، فحصل التمليك بإذن صاحبها فيطيب له الربح، وإن كان الدين مكيلاً أو موزوناً مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضاً عند أبي يوسف ومحمدٍ.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - ثلاث روايات: ذكر في «كتاب البيوع» أنه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف، وفي رواية قال: يتصدق، وفي رواية قال: أحب إلي أن يرد الربح على المكفول عنه.

هذا إذا دفعه إليه على وجه القضاء، فَأَمَّا إذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه إليه لا على وجه القضاء، فتصرف فيه الوكيل وربح، لا يطيب له الربح، سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يطيب، وهو كاختلافهم في المودع والغاصب إذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما؛ أنه لا يطيب له الربح عندهما، وعند أبي يوسف يطيب، والمسألة تأتي في موضعها، إن شاء الله تعالى.

ولو قال الطالب للكفيل: برئت إلي من المال، يرجع على الأصيل بالإجماع؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر، وفي قوله: برئت من المال، اختلاف نذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

ولو كفل رجلان لرجلٍ عن رجل بأمره بألف درهم، حتى يثبت للطالبة ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة، فأدى أحدهما شيئاً من مالِ الكفالة، فأراد أنْ يرجع على صاحبه، فهذا لا يخلو إما أن كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده، أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر، أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً، فإن لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً، لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى؛ لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً؛ لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الأصيل؛ لأنه كفيل عنه بأمره.

وإن كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه، ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه، فالقول قولُ الكفيل فيما أدى أنه من كفالة صاحبه إليه أو من كفالة نفسه؛ لأنه لزمه المطالبة بالمال من وجهين:

أحدهما: من جهة كفالة نفسه عن الأصيل.

والثاني: من جهة الكفالة عن صاحبه، وليس أحد الوجهين أَوْلَى من الآخر، فَكَانَ له ولاية الأداء عن أَيِّهما شاء، فإذا قال: أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه؛ لأنه كفل عنه بأمره، سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك، أو قال ابتداءً: إني أؤدي عن كفالة صاحبي.

وكذا إذا قال: أديته عن كفالة الأصيل، فقيل منه ويرجع عليه؛ لأنه كفل عنه بأمره، سواء قال ذلك بعد أداء المال إلى الطالب أو عنده ابتداء.

وَإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى خمسمائة، ولا يقبل قوله فيه أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه، بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر فلا يرجع على شريكه.

وكذا إذا قال ابتداء إني أؤدي عن شريكي لا عن نفسي، لا يقبل منه، ويكون عن نفسه إلى هذا القدر، ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدي على خمسمائة؛ لأن المؤدي إلى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها، فإذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة إن شاء على شريكه، وإن شاء على الأصيل.

وَكَذَا لَو اشترى رجلان عبداً بألف درهم، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن، فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يَرجع على شريكه حتى يزيد على النصف؛ لما ذكرنا.

وكذلك المتفاوضان إِذا افترقا وعليهما دينٌ، فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما، وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف لما ذكرنا.

هذا إِذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال، فأما إِذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب، ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه، فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدي على الأصيل إِن شاء، وإِن شاء يرجع بنصفه على شريكه؛ لأَن حق المطالبة بجميع المال لزم كلَّ واحد منهما من وجهين: الكفالة عن نفسه، والكفالة عن صاحبه على السواء، فيقع المؤدي نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه؛ لتساويهما في الكفالتين بالمؤدي، وإِذا وقع نصف المؤدي عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الأداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدي؛ بخلاف الفصل الأول؛ لأَن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه، كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه، فيكون مؤدياً عن نفسه إِلى النصف، وههنا بخلافه لما مَرَّ.

فصل [فيما يرجع به الكفيل]

وأما بيان ما يرجع به الكفيل، فنقول وبالله التوفيق: إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه، حتى لو كفل عن رجلٍ بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفاً، وتجوز به المطالبة، يرجع عليه بالصحاح الجياد؛ لأَنَّه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل، فيرجع بالمؤدي وهو الصحاح الجياد، وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدي لا بالدين؛ لأنه بالأداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدي من الآمر، فيرجع عليه بما أقرضه.

وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون، فإِنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا؛ بخلاف ما إِذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالأَلف؛ لأَنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الأَصيل وهو الألف، لأنه يمكن إِيقاع الصلح تمليكاً ههنا؛ لأَنه يؤدي إِلى الربا فيقع إِسقاطاً لبعض الحق، والساقط لا يحتمل الرجوع به.

وعن محمد فيمن كفل خمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل: أصالحك على أن تبرئني، فالصلح واقع عن الأصيل والكفيل جميعاً، وبرئا جميعاً، ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير.

ولو قال: أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني، فهذا براءة عن الكفيل خاصة، ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين؛ لأن في الفصل الأَول إبقاء الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في

نفس الحق بإسقاط بعضه، فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرآن جميعاً، ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير؛ لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه.

وأما في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقروناً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدينارين، وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل، فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الأصيل، فيأخذه الطالب منهما، وبالله التوفيق.

كِتَابُ الحَوَالَةِ(١)

الكلام في هذا الكتاب يَقَعُ في مواضع: في بيان ركن الحوالة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم الحوالة، وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة، وفي بيان الرجوع بعد الخروج أَنه هل يرجع أم لا؟

أما ركن الحوالة: فهو الإِيجاب والقبول، الإِيجاب من المحيل، والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً، فالإِيجاب أن يقول المحيل للطالب: أحلتك على فلان، هكذا، والقبول من المحال عليه والمحال أَنْ يقول كلٌّ واحدٍ منهما: قبلت، أو رضيت، أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا، وهذا عند أصحابنا.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك، فأما إذا كان له عليه دين فيتم بإيجاب المحيل وقبول المحتال.

وجه قوله أَن المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب، فلا يقف على قبول من عليه الحق؛ كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال؛ لأَن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إِلى ذمة مع اختلاف الذمم، فلا يصح من غير رضا صاحب الحق.

---

(١) الحوالة لُغَةً:

هي من قولك: تحوّل فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحق تحوّل مَالٌ من ذمة إلى ذمة.

وقال صاحب «المستوعب» الحوالة: مشتقَّة من التحوُل؛ لأنها تنقل الحَقَّ من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ويقال: حال على الرجل، وأحال عليه بمعنى، نقلها ابن القطاع.

انظر: لسان العرب: ٢/١٠٥٨.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفيّةُ بأنها: نَقْلُ الدَّيْنِ، وتحويله من ذمّة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

عرفها الشافعية بأنها: نقل الحق من ذِمّة المحيل، إلى ذمة المحال عليه.

عرفها المالكية بأنها: نَقْلُ الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تَبْرَأُ بها الأولى.

عرفها الحنابلة بأنها: نَقْلُ الدَّيْنِ من ذمة المحيل، إلى ذمة المُحَالِ عليه.

انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/٢٥١، حاشية الباجوري ٢/١٦٧، حاشية الدسوقي ٣/٣٢٥، الكافي ٢/٢١٨، مغني المحتاج ٢/١٩٣.

وَلَنَا أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته[١]، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين؛ لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداء، بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه؛ ولأن الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء، وبعضهم أصعب، فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافاً إلى التزامه.

فصل [في شروط الركن]

وأما الشرائط فأنواعٌ: بعضُها يرجع إلى المحيل، وبعضُها يرجع إلى المحال، وبعضُها يرجع إلى المحال عليه، وبعضُها يرجع إلى المحال به.

أما الذي يرجع إلى المحيل فأنواعٌ:

منها: أن يكون عاقلاً؛ فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها.

ومنها: أن يكون بالغاً، وهو شرط النفاذ دون الانعقاد، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على إجازة وليه؛ لأن الحوالة إبراء بحالها، وفيها معنى المعاوضة بمالها، خصوصاً إذا كانت مقيدة، فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه.

فأما حرية المحيل فليست بشرطٍ لصحة الحوالة؛ حتى تصح حوال العبد، مأذوناً كان في التجارة أو محجوراً؛ لأنها ليست بتبرع بالتزام شيء كالكفالة فيملكها العبد؛ غير أنه إن كان مأذوناً في التجارة رجع عليه المحال عليه للحال إذا أدى، ولم يكن العبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته، وإن كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق؛ وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة؛ لأنها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض.

ومنها: رضا المحيل[٢]، حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح؛ لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات.

---

(١) أي من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه وإنما خصت بالدين لأنها نقل شرعي والدين وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة فالنقل الشرعي جاز أن يؤثر في الوصف الشرعي كما أن البيع الشرعي جاز أن يؤثر في نقل الملك الذي هو وصف شرعي ويتبعه نقل المعين الذي هو المبيع.
ينظر درر الحكام (٢/ ٣٠٨).

(٢) فلان ذوي المروآت قد يأنفوا بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه.
ينظر درر الحكام (٢/ ٣٠٨).

وأما الذي يرجع إلى المحال فأنواع، منها العقل لما ذكرنا؛ ولأن قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول.

ومنها: البلوغ وإنه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد، فينعقد احتياله موقوفاً على إجازة وليه، إن كان الثاني أملأ من الأول؛ وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح إلا بهذه الشريطة؛ لأنه منهيٌّ عن قربان ماله إلا على وجه الأحسن؛ للآية الشريفة فيه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [سورة الأنعام، ١٥٢].

ومنها: الرضا حتى لو احتال مكرهاً لا تصح لما ذكرنا، ومنها: مجلس الحوالة، وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف شرط النفاذ، حتى إن المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز، لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف: ينفذ.

والصحيحُ قولهما؛ لأن قبوله من أحد الأركان الثلاثة، فكان كلامهما بدون شرط العقد، فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع.

وَأَمَّا الذي يَرْجع إلى المحال عليه فأنواعٌ أيضاً؛ منها: العقل فلا يصحُّ من المجنون والصبي الذي لا يعقل قَبُولُ الحوالة أصلاً لما ذكرنا.

ومنها: البلوغ وأنه شرط الانعقاد أيضاً، فلا يصح من الصبي قبولُ الحوالة أصلاً لما ذكرنا، وإن كان عاقلاً، سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً في التجارة، وسواء كانت الحوالة بغير أمرِ المحيل أو بأمره.

أما إذا كانت بغير أمره فظاهر؛ لأنه لا يملك الرجوع على المحيل، فكان تبرعاً بابتدائه وانتهائه؛ وكذلك إذا كانت بأمره؛ لأنه تبرع بابتدائه، فلا يملكه الصبي، محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة كالكفالة، وإن قبل عنه وليه لا يصح أيضاً؛ لأنه من التصرفات الضارة، فلا يملكه الولي.

ومنها: الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح[1] ومنها: المجلس وأنه شرط الانعقاد عندهما؛ لما ذكرنا في جانب المحيل.

---

(١) وقال مَالِكٌ: لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ، إلاَّ أن يكونَ المُحْتَالُ عَدُوَّهُ. وللشَّافِعِيِّ في اعْتِبَارِ رِضَائِهِ قَوْلَانِ؛ أَحَدُهما: يُعْتَبَرُ. وهو يُحْكَى عن الزُّهْرِيِّ؛ لأَنَّه أَحَدُ من تَتِمُّ به الحَوَالَةُ، فأَشْبَهَ المُحِيلَ. والثاني: لا يُعْتَبَرُ؛ لأنَّه أَقَامَه في القَبْضِ مقَامَ نَفْسِه، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضَى مَن عليه الحَقُّ، كالتَّوْكِيلِ. ولَنا، قولُ النَّبِيِّ ﷺ: «إذا أُتْبِعَ أَحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ». ولأَنَّ لِلْمُحِيلِ أن يُوَفِّيَ الحَقَّ الذي عليه بِنَفْسِهِ وبِوَكِيلِه، وقد أَقَامَ المُحالَ عليه مَقَامَ نَفْسِهِ في التَّقْبِيضِ فلَزِمَ المُحَالَ القَبُولُ، كما لو وَكَّلَ رَجُلاً في إِنْقَائِه، وفَارَقَ ما إذا أَرَادَ أن يُعْطِيَه عمَّا في ذِمَّتِه عَرْضاً؛ لأَنَّه يُعْطِيه غيرَ ما وَجَبَ له، فلم يَلْزَمْهُ قَبُولُه.
ينظر المغني (٧/ ٦٣).

وأما الذي يَرْجِعُ إلى المحال به فنوعان:

أحدهما: أن يكون ديناً، فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنها نقل ما في الذمة ولم يوجد.

والثاني: أن يكون لازماً، فلا تصح الحوالة بدين غير لازم؛ كبدل الكتابة وما يجري مجراه؛ لأن ذلك دين تسمية لا حقيقة؛ إذ المولى لا يجب له على عبده دين، والأصل أن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به.

وَأَمَّا وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة، فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن، وسواء كانت الحوالة مطلقةً أو مقيدةً.

والجملة فيه أن الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمطلقة: أن يحيل بالدين على فلانٍ ولا يقيده بالدين الذي عليه؛ والمقيدة بأن يقيده بذلك، والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة، لقوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: **«مَنْ أُحِيلَ عَلَىٰ مَلِيء[1] فَلْيَتْبَعْ مِنْ غَيرِ فَضلٍ»**[2]. إلا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام.

منها: إذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين، فإن المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير، وإن كان له عليه دين فإنَّ المحال عليه يطالب بدينين؛ دين الحوالة ودين المحيل، فيطالبه المحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه، ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة؛ لأن الحوالة لم تتقيد بالدين الذي للمحال عليه؛ لأنها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة، فيتعلق دين الحوالة بنعته ودين المحيل بقي على حاله، وإذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل؛ لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به، ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده، وإن لم يكن رهناً على الحقيقة.

ومنها: أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بأن كان الدين

---

(١) المَلِيءُ: هو القَادِرُ على الوَفَاءِ. جاء في الحَدِيثِ، عن النَّبِيِّ ﷺ، أنَّه قال: «إنَّ الله تَعَالَى يَقُولُ: مَنْ يُقرِض المَلِيءَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ». وقال الشّاعِر:

تُطِيلِينَ لَيَّانِي وأَنْتِ مَلِيئَةٌ ... وأُحْسِنُ يا ذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعني قَادِرَةٌ على وَفَائِي.
ينظر المغني (٧/ ٦٢).

(٢) تقدم.

ثمن مبيع، فاستحق المبيع، تبطل الحوالة، ولو سقط عنه الدين لمعنى عارضٍ بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه، لا تبطل الحوالة عنه، لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل؛ لأنه قضى دينه بأمره، ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا يبطل؛ لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به، فإذا ظهر أنه لا دين، فقد ظهر أنه لا حوالة؛ لأن الحوالة بالدين، وقد تبين أَنه لا دين، فتبين أَنه لا حوالة ضرورة، وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة؛ لأن تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة، ولم يوجد، فلا يتعلق به الدين، فيتعلق بالذمة، فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة. وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجلٍ، فهلكت الألف عند المودع، بطلت الحوالة، ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك؛ لأنه يجب عليه مثلها.

ومنها: أنه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال، وعلى المحيل ديون سوى دين المحال، وليس له مال سوى هذا الدين، لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يكون أحق بهِ من بين سائر الغرماء كالرهن.

ولنا الفرقُ بين الحوالة والرهن، وهو أن المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء.

ألا ترى أَنه لو هلك يسقط دينه خاصة، ولما اختص بغرمه اختص بغنمه؛ لأن الخراج بالضمان، فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال؛ ألا ترى أَنه لو توى[1] لا يسقط دينه على المحيل والتوي على المحيل دونه، فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضاً، بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك، وإِذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه، فليس له ذلك؛ لأن المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه، فبطلت الحوالة.

ولو كانت الحوالة مطلقة والمسألة بحالها يُؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه، ويقسم بين غرماء المحيل، ولا يدخل المحال في ذلك؛ وإِنما يؤخذ من المحال عليه لأن الحوالة لم تتعلق به، فذلك ملك المحيل، ولا يشاركهم المحال في ذلك؛ لأن حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إِلى المحيل، ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلاً؛ لأنه ثبت الرجوع إِليهم لأحد رجلين.

(١) توى المال: ذهب فلم يُرْجَ.

أما المحال إذا توى ما على الآخر، وأما المحال عليه إذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظراً لأمور المسلمين، فيحتاط في ذلك بأخذ الكفيل.

فصل [في حكم الحوالة]

وأما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله تعالى التوفيق: الحوالة لها أحكام؛ منها: براءة المحيل، وهذا عند أصحابنا الثلاثة(١).

وقال زفر: الحوالة لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء.

---

(١) إذا اجتمعت شُرُوطُ الحَوَالَةِ وصَحَّت، بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحِيلِ، في قولِهِ عَامَّةِ الفُقَهَاءِ، إلاَّ ما يُرْوَى عن الحسنِ، أنَّه كان لا يَرَى الحَوَالَةَ بَرَاءَةً إلاَّ أن يُبْرِئَهُ. وعن زُفَرَ أنَّه قال: لا تَنْقُلُ الحَقَّ. وأجْرَاهَا مَجْرَى الضَّمَانِ، وليس بِصَحِيحٍ؛ لأنَّ الحَوَالَةَ مُشْتَقَّةٌ من تَحْوِيلِ الحَقِّ، بِخِلاَفِ الضَّمَانِ، فإنَّه مُشْتَقٌّ من ضَمِّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ. فعُلِّقَ على كلِّ واحدٍ مُقْتَضَاهُ، وما دَلَّ عليه لَفْظُهُ. إذا ثَبَتَ أن الحَقَّ انْتَقَلَ، فمتى رَضِيَ بها المُحْتَالُ، ولم يَشْتَرِطِ اليَسَارَ، لم يَعُدِ الحَقُّ إلى المُحِيلِ أبداً، سواءٌ أمْكَنَ اسْتِيفَاءُ الحَقِّ، أو تَعَذَّرَ لِمَطْلٍ أو فَلَسٍ أو مَوْتٍ أو غير ذلك.

بهذا قال اللَّيْثُ، والشَّافِعِيُّ، وأبو عُبَيْدٍ، وابنُ المُنْذِرِ. وعن أحْمَدَ ما يَدُلُّ على أنَّه إذا كان المُحَالُ عليه مُفْلِساً، ولم يَعْلَم المُحْتَالُ بذلك، فله الرُّجُوعُ، إلاَّ أن يَرْضَى بعدَ العِلْمِ. وبه قال جَمَاعَةٌ من أصْحابِنا، ونحوُه قولُ مَالِكٍ؛ لأنَّ الفَلَسَ عَيْبٌ في المُحَالِ عليه، فكان له الرُّجُوعُ، كما لو اشْتَرَى سِلْعَةً فَوجَدَها مَعِيبَةً، ولأنَّ المُحِيلَ غَرَّهُ، فكان له الرُّجُوعُ، كما لو دَلَّسَ المَبِيعَ. وقال شُرَيْحٌ، والشَّعْبِيُّ، والنَّخَعِيُّ: متى أفْلَسَ أو ماتَ، رَجَعَ على صَاحِبِه، وقال أبو حنيفةَ: يَرْجِعُ عليه في حَالَيْنِ؛ إذا مَاتَ المُحَالُ عليه مُفْلِساً، وإذا جَحَدَهُ وحَلَفَ عليه عند الحاكِمِ، وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَرْجِعُ عليه في هاتَيْنِ الحالَتَيْنِ، وإذا حُجِرَ عليه لِفَلَسٍ؛ لأنَّه رُوِيَ عن عثمانَ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّه، فماتَ المُحالُ عليه مُفْلِساً فقال: يَرْجِعُ بِحَقِّهِ، لا تَوَى على مالِ امْرِئٍ مُسْلِم. ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ لم يُسَلَّم العِوَضُ فيه لأحَدِ المُتَعاوِضَيْنِ، فكان له الفَسْخُ، كما لو اعْتَاضَ بِثَوْبٍ فلم يُسَلَّمْ إليه. ولَنا، أنَّ حَزْناً جَدَّ سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ، كان له على عليٍّ رَضِيَ الله عنه دَيْنٌ، فأحَالَهُ به، فماتَ المُحالُ عليه، فأخْبَرَهُ، فقال: اخْتَرْتَ علينا، أبْعَدَكَ الله. فأبْعَدَهُ بمُجَرَّدِ احْتِيَالِهِ، ولم يُخْبِرْهُ أنَّ له الرُّجُوعَ. ولأنَّها بَرَاءَةٌ من دَيْنٍ ليس فيها قَبْضٌ ممَّن عليه، ولا ممَّن يَدْفَع عنه، فلم يكُنْ فيها رُجُوعٌ، كما لو أبْرَأَهُ من الدَّيْنِ، وحَدِيثُ عُثمانَ لم يَصِحَّ، يَرْوِيهِ خَالِدُ بن جَعْفَرٍ عن مُعَاوِيَةَ بن قُرَّةَ عن عثمانَ، ولم يَصِحَّ سَمَاعُه منه، وقد رُوِيَ أنَّه قال: في حَوَالَةٍ أو كَفَالَةٍ. وهذا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ، ولا يَصِحُّ، ولو صَحَّ كان قولُ عليٍّ مُخالِفاً له. وقولُهم: إنَّه مُعاوَضَةٌ. لا يَصِحُّ؛ لأنَّه يُفْضِي إلى بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ، وهو مَنْهِيٌّ عنه، ويُفَارِقُ المُعَاوَضَةَ بالثَّوْبِ؛ لأنَّ في ذلك قَبْضاً يَقِفُ اسْتِقْرَارُ العَقْدِ عليه، وهَهُنا الحَوَالَةُ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ، وإلاَّ كان بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ.

ينظر المغني (٧/ ٦٠ ـ ٦١).

وجه قوله أَن الحوالة شُرعت وثيقة للدين كالكفالة، وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير، كما في الكفالة سواء.

وَلَنَا أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازماً فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة، ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والإنصاف، ولو كفل بشرط براءة الأصيل جاز، وتكون حوالة؛ لأنه أتى بمعنى الحوالة.

واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة، وقال بعضهم أنها نقل المطالبة والدين جميعاً، وقال بعضُهم أنها نقل المطالبة فحسب، فأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل.

وجه قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول؛ أما دلالة الإجماع فلأنا أجمعنا على أَنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة، ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح، ولولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول؛ لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال، ولصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح، وإن تأخرت المطالبة كالإبراء عن الدين المؤجل.

وأما المعقول فلأنَّ الحوالة توجب النقل؛ لأنها مشتقة من التحويل وهو النقل، فيقتضي نقل ما أضيف إليه، وقد أضيف إلى الدين لا إلى المطالبة؛ لأنه إذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلاناً بدينه، فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه، إلا أنه إذا انتقل أصل الدين إليه، تنتقل المطالبة؛ لأنها تابعة، وجه قول الآخرين دلالة الإجماع والمعقول.

أما دلالة الإجماع فإن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول، ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً، فينبغي أن لا يجبر على القبول؛ كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره؛ وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده، ولو وهبه منه يرتد برده، كما إذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه، ولو انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الإبراء والهبة ولا ارتدا جميعاً بالرد، كما لو أبرأ الأصيل أو وهب منه.

وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل، وإن كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة.

ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه إذا لم يَكُنْ للمحيل عليه دين؛ كما في الكفالة

ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة، فدلت هذه الأحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة، ثم إن الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصيل؛ فكذا في الحوالة.

وأما المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة، وليس من الوثيقة إبراء الأول، بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل.

ومنها: ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل؛ على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه؛ لأَن الحوالة أوجبت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته، إما نقل الدين والمطالبة جميعاً، وإما نقل المطالبة لا غير، وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه.

ومنها: ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال، فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمه المحال، وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل، ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل؛ لأَنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة، فعليه تخليصه منها.

وإن كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله، والحوالة مقيدة؛ لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم، ولا أن يحبسه إذا حبس؛ لأن الحوالة إذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً، وإن كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به، فلو لازمه المحال عليه لكان المحيل أن يلازمه أيضاً، فلا يفيد، والله ـ عَزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل [فيمايخرج به المحال عليه من الحوالة]

وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة، فنقول وبالله التوفيق: أنه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة، وحكم الحوالة ينتهي بأشياء:

منها: فسخ الحوالة؛ لأَن فيها معنى معارضة المال بالمال، فكانت محتملة للفسخ، ومتى فسخ تعود المطالبة إلى المحيل.

ومنها: التوي عند علمائنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ حكم الحوالة لا ينتهي بالتوي، ولا تعود المطالبة إلى المحيل.

واحتج بما روي عن رسول الله ـ ﷺ ـ أنه قال: «**مَنْ أُحِيلَ عَلَىٰ مَلِيءٍ فَلْيَتبَعْ**» ولم يفصل ـ عليه الصّلاة والسلام ـ، ولأن الحوالة مبرئة بلا خلافٍ، وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقاً.

ولنا ما روي عن سيدنا عثمان ـ رضي الله عنه ـ أنه قال في المحال عليه إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل، وقال: لا توى على مال امرئ مسلم، وعن شريح مثل ذلك، ذكره محمد في الأصل، ولم ينقلْ عن أحدٍ من الصحابة خلافه، فكان إجماعاً، ولأن الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة.

والأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، قال النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ «**الدَّينُ مَقْضِيٌّ**» إلا أنه الحق الإبراء بالقضاء في السقوط، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء، فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة، إلا أن بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه، لكن إلى غاية التوي؛ لأن حياة الدين بالمطالبة، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الأحياء، فعادت إلى محلها الأصلي، ولا حجة له في الحديث؛ لأنه ـ عليه الصّلاة والسلام ـ علق الحكم بشريطة الملاءة، وقد ذهبت بالإفلاس، ثم التوي عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ بشيئين لا ثالث لهما.

أحدهما: أن يموت المحال عليه مفلساً.

والثاني: أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينه للمحال، وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضي القاضي بإفلاسه، بناء على أن القاضي يقضي بالإفلاس حال حياته عندهما، وعنده لا يقضي به.

ومنها: أداء المحال عليه إلى المحال، فإذا أدى المال خرج عن الحوالة، إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها.

ومنها: أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله، ومنها: أن يتصدق به عليه ويقبله؛ لأن الهبة والصدقة في معنى الإبراء، ومنها: أن يموت المحال فيرثه المحال عليه، ومنها: أن يبرئه من المال، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل [في بيان الرجوع بعد الخروج]

وأما بيان الرجوع، فجملة الكلام في الرجوع في موضعين: في بيان شرائط الرجوع، وفي بيان ما يرجع به، أما شرائطه فأنواع:

منها: أن تكون الحوالة بأمر المحيل، فإن كانت بغير أمره لا يرجع؛ بأن قال رجل للطالب، أن لك على فلان كذا وكذا من الدين، فاحتل بها علي، فرضي بذلك الطالب، جازت الحوالة، إلا أنه إذا أدى لا يرجع على المحيل؛ لأن الحوالة إذا كانت بأمر المحيل صار المحال مملكاً الدين من المحال عليه بما أدى إليه من المال، فكان له أن يرجع بذلك على المحيل، وإن كان بغير أمره لا يوجد معنى التمليك، فلا تثبت ولاية الرجوع.

ومنها: أداء مال الحوالة، أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه، وكذا إذا ورثه المحال عليه؛ لأن الإرث من أسباب الملك، فإذا ورثه فقد ملكه، فكان له حق الرجوع.

ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل؛ لأن الإبراء إسقاط حقه، فلا يعتبر فيه جانب التمليك إلا عند اشتغاله بالرد، فإذا لم يوجد بقي إسقاطاً محضاً، فلم يملك المحال عليه شيئاً، فلا يرجع.

ومنها: أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله، فإن كان لا يرجع؛ لأن الدينين التقيا قصاصاً؛ لأن لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً، فلا يفيد فيتقاصا الدينين، فبطل حق الرجوع.

وأما بيان ما يرجع به، فنقول وبالله التوفيق: أن المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدي، حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير، فتصارفا، جاز، ويراعى فيه شرائط الصرف، حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطا فيه الآجل والخيار، يبطل الصرف ويعود الدين إلى حاله.

وإذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدي؛ لأن الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدي، بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في «كتاب الكفالة»؛ وكذا إذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا.

وكذا إذا أعطاه زيوفاً مكان الجياد، وتجوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا.

ولو صالح المحال المحال عليه، فإن صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي، يرجع على المحيل بالقدر المؤدي؛ لأنه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به.

وإن صالح على خلاف جنس حقه بأن صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة، والمؤدي يصلح عوضاً على كل الدين.

ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا، فقال المحيل: لم يكن لك علي شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي، وقال المحال: لا، بل أحلتني بألف كانت لي عليك، فالقول قول المحيل مع يمينه؛ لأن المحال يدعي عليه ديناً وهو ينكر، والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

كِتَابُ الوِكَالَةِ[1]

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان معنى التوكيل لغةً وشرعاً.

وفي بيان ركن التوكيل.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي حكم التوكيل.

وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة.

أما الأول: فالتوكيل إِثبات الوكالة، والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ؛ قال الله ـ

---

(١) الوِكَالَةُ، بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال: وكّله، أي: فوّض إليه، ووكلت أمري إلى فلان، أي: فوضت إليه، واكتفيت به، وتقع الوكالة أيضاً على الحِفْظِ، وهو: اسم مصدر بمعنى التوكيل.
ومنه الوكيل في أسمائه ـ تعالى ـ بمعنى الحافظ؛ ولهذا قالوا: إذا قال: وكّلتك بمَالي. أنه يملك الحِفْظَ، فيكون فعيلاً بمعنى فاعل.
وقيل: التركيب يَدُلُّ على معنى الاعتماد والتفويض؛ ومنه التَّوْكِيلُ يقال: على الله توكَّلنا أي: فوَّضنا أمورنا إليه. فالتوكيل تَفْوِيضُ التَّصَرُّف إلى الغَيْرِ.
وسمي الوَكِيلُ وَكِيلاً؛ لأن المُوَكِّل وَكَّلَ إليه القيام بأَمْره، أي: فَوَّضَهُ إليه؛ اعتماداً عليه.
الوَكِيلُ: القائم بما فُوِّضَ إليه، فيكون فعيلاً بمعنى مفعول؛ لأنه مَوْكُول إليه الأمر.
انظر المصباح المنير: ٢/ ٦٧٠، الصحاح: ٥/ ١٨٤٥، المغرب: ٢/ ٣٦٨ المطلع: ٢٥٨، تهذيب الأسماء واللغات: ٢/ ١٩٥.
واصطلاحاً:
عرفها الحنفيَّةُ بأنها: تَفْوِيضُ التصرُّف والحفظ إلى الوكيل.
وعرفها الشَّافعية بأنها: تفويض شخصي ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.
وعرفها المالكية بأنها: نِيَابَةٌ في حَقّ غير مشروطة بموته، ولا إمارة.
وعرفها: الحَنَابِلَةُ بأنها: استنابة جائز التصرُّف مثله، فيما تدخله النيابة.
انظر: بدائع الصنائع: ٧/ ٣٤٤٥، تبيين الحقائق: ٤/ ٢٥٤، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٥٠٩، مغني المحتاج: ٢/ ٢١٧، الشرح الصغير للدروير: ٣/ ٢٢٩، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ [سورة آل عمران، ١٧٣] أي: الحافظ، وقال تبارك وتعالى: ﴿لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلاً﴾ [سورة المزمل، ٩].

قال الفراء: أي حفيظاً، وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمر؛ قال الله تعالى: ﴿وَعَلَىٰ اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [سورة ابراهيم، ١٢] وقال الله ـ تعالى عزَّ وجلَّ ـ خبراً عن سيدنا هود ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَىٰ اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ﴾ [سورة هود، ٥٦] أي: اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه. وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل؛ ولهذا قال أصحابنا إن مَنْ قال لآخر: وكلتك في كذا؛ أنه يكون وكيلاً في الحفظ؛ لأنه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه.

فصل [في ركن التوكيل]

وأما بيان ركن التوكيل؛ فهو الإيجاب والقبول[1]، فالإيجاب من الموكل أن يقول: وكلتك بكذا، أو افعل كذا، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه، والقبول من الوكيل أن يقول: قبلت، وما يجري مجراه، فما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد، ولهذا لو وَكَّلَ إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبل، ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم؛ لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول، وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه، ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقاً وقد يكون مطلقاً بالشرط؛ نحو أن يقول: إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد، وقد يكون مضافاً إلى وقت؛ بأن يقول: وكلتك في بيع هذا العبد غداً، ويصير وكيلاً في الغد فما بعده، ولا يكون وكيلاً قبل الغد؛ لأن التوكيل إطلاق التصرف، والإطلاقات مما

---

(١) ولا تَصِحُّ الوَكَالَةُ إلاَّ بالإيجابِ والقَبُولِ؛ لأنه عَقْدٌ تَعلَّقَ به حَقُّ كلِّ واحدٍ منهما، فافْتَقَر إلى الإيجابِ والقَبُولِ، كالبَيْع. ويجوزُ الإيجابُ بكلِّ لَفْظٍ دَلَّ على الإِذْنِ، نحو أن يَأْمُرَهُ بِفِعْلِ شيءٍ، أو يقولَ: أَذِنْتُ لك في فِعْلِهِ. فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ عُرْوَةَ بن الجَعْدِ في شِرَاءِ شاةٍ بِلَفْظِ الشِّراءِ، وقال الله تعالى، مُخْبِراً عن أَهْلِ الكَهْفِ أنَّهم قالُوا: ﴿فَابْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾. ولأنَّه لَفْظٌ دَالٌّ على الإِذْنِ، فجَرَى مَجْرَى قوله: وَكَّلْتُكَ. ويجوز القَبُولُ بِقَوْله: قَبِلْتُ. وكُلِّ لَفْظٍ دَلَّ عليه. ويجوزُ بكلِّ فِعْلٍ دَلَّ على القَبُولِ، نحو أن يَفْعَلَ ما أَمَرَهُ بِفِعْلِهِ؛ لأنّ الذين وَكَّلَهُم النَّبِيُّ ﷺ لم يُنْقَلْ عنهم سِوَى امْتِثَال أَمْره. ولأنَّه إِذْنٌ في التَّصَرُّفِ، فجازَ القَبُولُ فيه بالفِعْلِ، كأَكْلِ الطَّعَام. ويجوزُ القَبُولُ على الفَوْرِ والتَّرَاخِي، نحو أن يَبْلُغَهُ أن رَجُلاً وَكَّلَهُ في بَيْعِ شيءٍ منذ سَنَةٍ، فَيَبِيعَه. أو يقولَ: قَبِلْتُ. أو يَأْمُره بفِعْلِ شَيءٍ، فَيَفْعَلَه بعد مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ؛ لأنَّ قُبُولَ وُكَلاءِ النَّبِيِّ ﷺ لوَكَالَتِه كان بِفِعْلِهِم، وكان مُتَرَاخِياً عن تَوْكِيلِه إيَّاهم. ولأنَّه إذْنٌ في التَّصَرُّفِ، والإِذْنُ قائِمٌ، ما لم يَرْجِعْ عنه، فأَشْبَه الإِبَاحَةَ. وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافِعِيِّ.

ينظر المغني (٧/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤).

يحتمل التعليق بالشرط، والإضافة إلى الوقت كالطلاق والعتاق وإذن العبد في التجارة، والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والإبراء عن الديون، والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك.

فصل [في شرائط الركن]

وأما الشرائط فأنواع: بعضُها يرجع إلى الموكل، وبعضُها يرجع إلى الوكيل، وبعضُها يرجع إلى الموكل به.

أما الذي يرجع إلى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلاً، لأن العقل من شرائط الأهلية[1].

ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما؛ وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة، ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير إذن المولى؛ لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه فيملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل، وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة، فإن كان مأذوناً له في التجارة يصح منه التوكيل بها؛ لأنه يملكها بنفسه، وإن كان محجوراً ينعقد موقوفاً على إجازة وليه وعلى إذن وليه بالتجارة أيضاً، كما إذا فعل بنفسه، لأن في انعقاده فائدة لوجود

---

(١) وكلُّ مَن صَحَّ تَصرُّفُه في شيءٍ بِنَفْسِه، وكان مِمَّا تَدْخُلُه النِّيَابَةُ، صَحَّ أن يُوَكِّلَ فيه رَجُلاً كان أو امْرَأةً، حُرًّا كان أو عَبْداً، مُسْلِماً كان أو كافِراً. وأمَّا من يَتَصَرَّفُ بالإِذْنِ، كالعَبْدِ المَأْذُونِ له، والوَكِيلِ، والمُضَارِبِ، فلا يَدْخُلُون في هذا. لكنْ يَصِحُّ من العَبْدِ التَّوْكِيلُ فيما يَمْلِكُه دون سَيِّدِه، كالطَّلاَقِ والخُلْعِ. وكذلك الحُكْمُ في المَحْجُورِ عليه لِسَفَهٍ، لا يُوَكِّلُ إلاَّ فيما له فِعْلُه، من الطَّلاَقِ والخُلْعِ، وطَلَبِ القِصَاصِ، ونحوِه. وكلُّ ما يَصِحُّ أن يَسْتَوْفِيَهُ بِنَفْسِهِ، وتَدْخُلُه النِّيَابَةُ، صَحَّ أن يَتَوَكَّلَ لغيرِه فيه، إلاَّ الفاسِقَ، فإنَّه يَصِحُّ أن يَقْبَلَ النِّكَاحَ لِنَفْسِه. وذَكَرَ القاضي أنَّه لا يَصِحُّ أن يَقْبَلَهُ لغيرِه. وكلامُ أبي الخَطَّابِ يَقْتَضِي جوازَ ذلك. وهو القِيَاسُ. ولأَصْحابِ الشّافِعِيِّ في ذلك وَجْهانِ، كهٰذَيْن. فأمَّا تَوْكِيلُه في الإِيجابِ، فلا يجوزُ إلاَّ على الرِّوَايَةِ التي تُثْبِتُ الوِلاَيَةَ له. وذَكَرَ أَصْحابُ الشّافِعِيِّ في ذلك وَجْهَيْنِ؛ أحدَهما: يجوزُ تَوْكِيلُه؛ لأنَّه ليس بِوَلِيٍّ. وَوَجْهُ الوَجْهِ الآخَرِ، أنَّه مُوجِبٌ لِلنِّكاحِ، أشْبَهَ الوَلِيَّ. ولأنَّه لا يجوزُ أن يَتَوَلَّى ذلك بِنَفْسِه، فلم يَجُزْ أن يَتَوَكَّلَ فيه، كالمَرْأةِ. ويَصِحُّ تَوْكِيلُ المَرْأةِ في طَلاَقِ نَفْسِها، وطَلاَقِ غيرِها. ويَصِحُّ تَوْكِيلُ العَبْدِ في قَبُولِ النِّكَاحِ؛ لأنَّه مِمَّن يُجوزُ أن يَقْبَلَه لِنَفْسِه؛ وإنَّما يَقِفُ ذلك على إِذْنِ سَيِّدِه، لِيَرْضَى بِتَعَلُّقِ الحُقُوقِ به. ومَن لاَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في شيءٍ لِنَفْسِه، لا يَصِحُّ أن يَتَوَكَّلَ فيه، كالمَرْأةِ في عَقْدِ النِّكاحِ وقَبُولِه، والكافِرِ في تَزْوِيجِ مُسْلِمَة، والطِّفْلِ والمَجْنُونِ في الحُقُوقِ كلِّها.

ينظر المغني (٧/ ١٩٧، ١٩٨).

المجيز للحال وهو الولي؛ ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب؛ لأنهما يملكان بأنفسهما فيملكان بالتفويض إلى غيرهما، بخلاف المحجور.

وأما التوكيل من المرتد فموقوف إن أسلم ينفذ، وإن قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف أملاكه، وعندهما نافذة لثبوت أملاكه، ويجوز التوكيل من المرتدة بالإجماع؛ لأن تصرفاتها نافذة بلا خلافٍ.

وأما الذي يرجع إلى الوكيل؛ فهو أن يكون عاقلاً؛ فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا.

وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة، فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد، مأذونين كانا أو محجوزين، وهذا عند أصحابنا، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ وكالة الصبي غير صحيحةٍ؛ لأنه غير مُكَلَّفٍ، ولا تصح وكالة المجنون.

ولنا ما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ لما خطب أم سلمة قال: إن أوليائي غيبٌ يا رسول الله، فقال ـ ﷺ ـ: **«لَيسَ فِيهِمْ مَنْ يَكْرَهُنِي»**، ثم قال لعمرو ابن أم سلمة: **«قُمْ فَزَوِّجْ أُمَّكَ مِنِّي»**[1] فزوجها من رسولِ الله ـ ﷺ ـ وكان صبياً، والاعتبار بالمجنون غير سديدٍ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية، وقد انعدم هناك ووجد هنا، فتصح وكالته كالبالغ إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذا كان بالغاً، وإذا كان صبيًّا ترجع إلى الموكل لما نذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وكذا ردة الوكيل لا تمنع صحة الوكالة، فتجوز وكالة المرتد بأن وكل مسلمٌ مرتداً؛ لأن وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكِهِ، والوكيل يتصرف في ملك الموكل، وأنه نافذ التصرفات؛ وكذا لو كان مسلماً وقت التوكيل ثم ارتد، فهو على وكالته لما قلنا، إلا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته؛ لما نذكر في موضعه.

وأما عِلم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة، لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط، إما علم الوكيل وإما علم من يعامله، حتى أنه لو وكل رجلاً ببيع عبده فباعه الوكيل من رجلٍ قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل، لا يجوز بيعه حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة؛ لأن حكم الآمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع.

---

(١) تقدم.

وأما علم الوكيل على التعيين بالتوكيل، فهل هو شرط؟ ذكر في الزيادات أنه شرطٌ، وذكر في الوكالة أنه ليس بشرط، فإنه قال: إذا قال الموكل لرجل: اذهب بعبدي هذا إلى فلان، فيبيعه فلان منك، فذهب الرجل بالعبد إليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه، فاشتراه منه، صح شراؤه، وإن لم يخبره بذلك فالبيع جائز؛ كذا ذكر محمد في «كتاب الوكالة»، وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل.

وذكر في «الزيادات» أنه لا يجوز البيع، وصورة المسألة في الصبي المأذون، وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع، فإنه قال: إذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فإنّي قد أذنتُ له في التجارة، فبايعوه، جاز، وإن لم يعلم العبد بإذن المولى لهم بالمبايعة، وليس التوكيل كالوصاية؛ فإن من أوصى إلى رجل غائب، أي: جعله وصيًّا بعد موته ثم مات الموصي، ثم إن الوصي باع شيئاً من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت، فإن بيعه جائز استحساناً، ويكون ذلك قبولاً منه للوصاية، حتى لا يملك إخراج نفسه منها، والقياس أن لا يجوز، والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه؛ كالوارث يقوم مقام المورث.

ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه، فكذا الوصي؛ بخلاف التوكيل؛ لأنه أمر في الموكل، وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم أو سببه على ما مر، فإذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط، فإن كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتاباً إليه فبلغه وعلم ما فيه، أو أرسل إليه رسولاً، فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل، صار وكيلاً بالإجماع، وإن أخبره بذلك رجل واحد غير عدل، فإن صدقه صار وكيلاً أيضاً، وإن لم يصدقه يبغي أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً، وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كما في العزل، على ما نذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وأما الذي يرجع إلى الموكل فإنه يرجع إلى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز، والجملة فيه أن التوكيل لا يخلو إما أن يكون بحقوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ وهي الحدود، وإما أن يكون بحقوق العباد، والتوكيل بحقوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ نوعان:

أحدهما: بالإثبات.

والثاني: بالاستيفاء.

أما التوكيل بإثبات الحدود، فإن كان حَدًّا لا يحتاج فيه إلى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر، فلا يتقدر التوكيل فيه بالإثبات؛ لأنه يثبت عند القاضي بالبينة أو الإقرار من غير

خصومة[(١)].

وإن كان ما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف، فيجوز التوكيل بإثباته عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز، ولا تقبل البينة فيهما إلا من الموكل، وكذلك الوكيل بإثبات القصاص على هذا الخلاف.

وجه قول أبي يوسف أنه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء؛ فكذا بالإثبات؛ لأن الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء، ولهما الفرق بين الإثبات والاستيفاء، وهو أن امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة، وهي منعدمة في التوكيل بالإثبات.

وأما التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة، فإن كان المقذوف والمسروق منه حاضراً

---

(١) قال ابن قدامة: حُقُوقُ الله تعالى فما كان منها حَدًّا كحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ، جَازَ التَّوْكِيلُ في اسْتِيفَائِه؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «اُغْدُ يَا أُنَيسُ إِلَى امْرَأَةِ هٰذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْها». فغَدَا عليها أُنَيسٌ، فاعْتَرَفَتْ، فأَمَرَ بها فَرُجِمَتْ. مُتَّفَقٌ عليه. وأَمَرَ النبيُّ ﷺ بِرَجْمِ ماعِزٍ، فرَجَمُوهُ. ووَكَّلَ عُثْمانُ عَلِيًّا في إِقَامَةِ حَدِّ الشُّرْبِ على الوَلِيدِ بن عُقْبَةَ. وَوَكَّلَ عَلِيٌّ الحَسَنَ في ذلك، فأَبَى الحَسَنُ، فوَكَّلَ عبدَ الله بن جَعْفَرٍ، فأَقَامَهُ، وعَلِيٌّ يَعُدُّ. رَوَاهُ مُسْلِمٌ. ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك؛ لأنَّ الإمامَ لا يُمْكِنُه تَوَلِّي ذلك بِنَفْسِه. ويجوزُ التَّوْكِيلُ في إِثْباتِها. وقال أبو الخَطَّابِ: لا يجوزُ في إِثْبَاتِها. وهو قولُ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّها تَسْقُطُ بالشُّبُهاتِ، وقد أُمِرْنَا بِدَرْئِها بها، والتَّوْكِيلُ يُوصِلُ إلى الإِيجابِ. ولَنا، حَدِيثُ أُنَيس؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ وَكَّلَهُ في إِثْباتِه واسْتِيفائِه جَمِيعاً، فإنَّه قال: «فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْها». وهذا يَدُلُّ على أنَّه لَم يكُنْ ثَبَت، وقد وَكَّلَهُ في إِثْباتِه واسْتِيفَائِه جَمِيعاً. ولأنَّ الحاكِمَ إذا اسْتَنابَ، دَخَلَ في ذلك الحُدُودُ، فإذا دَخَلَتْ في التَّوْكِيلِ بِطَرِيقِ العُمُومِ، وَجَبَ أن تَدْخُلَ بالتَّخْصِيصِ بها أَوْلَى، والوَكِيلُ يَقُومُ مُقَامَ المُوَكِّلِ في دَرْئِها بالشُّبُهاتِ. وأمَّا العِباداتُ، فما كان منها له تَعَلُّقٌ بالمالِ، كالزَّكَاةِ والصَّدَقاتِ والمَنْذُوراتِ والكَفَّارَاتِ، جَازَ التَّوْكِيلُ في قَبْضِها وتَفْرِيقِها، ويجوزُ لِلْمُخْرِجِ التَّوْكِيلُ في إِخْرَاجِها ودَفْعِها إلى مُسْتَحِقِّها. ويجوزُ أن يقولَ لغيرِه: أَخْرِجْ زَكَاةَ مالِي من مالِكَ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ بَعَثَ عُمَّالَهُ لِقَبْضِ الصَّدَقاتِ وتَفْرِيقِها، وقال لِمُعَاذٍ حين بَعَثَهُ إلى اليَمَنِ: «أَعْلِمْهُم أنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيائِهِم، فَتُرَدُّ فِي فُقَرائِهِم، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوكَ بِذٰلِكَ، فَإِيَّاكَ وكَرَائِمَ أَمْوَالِهِم، وَاتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُوم، فإنَّهُ لَيْسَ بَيْنَها وبَيْنَ الله حِجَابٌ». مُتَّفَقٌ عليه. ويجوزُ التَّوْكِيلُ في الحَجِّ إذا أَيِسَ المَحْجُوجُ عنه من الحَجِّ بِنَفْسِه، وكذلك العُمْرَة. ويجوزُ أن يُسْتَنَابَ مَن يَحُجُّ عنه بعد المَوْتِ. وأما العِبادَاتُ البَدَنِيَّةُ المَحْضَةُ، كالصلاةِ والصيامِ والطَّهارَةِ من الحَدَثِ، فلا يَجوزُ التَّوْكِيلُ فيها؛ لأنَّها تَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ مَن هي عليه، فلا يَقُومُ غيرُه مَقامَه فيها، إلاَّ أنَّ الصِّيامَ المَنْذُورَ يُفْعَلُ عن المَيِّتِ، وليس ذلك بِتَوْكِيلٍ؛ لأنه لم يُوَكِّلْ في ذلك، ولا وَكَّلَ فيه غيرَه. ولا يجوزُ في الصلاةِ إلاَّ في رَكْعَتَي الطَّوافِ تَبَعاً لِلْحَجِّ. وفي فِعْلِ الصَّلاةِ المَنْذُورَةِ، وفي الاعْتِكافِ المَنْذُورِ عن المَيِّتِ رِوَايَتانِ. ولا تَجوزُ الاسْتِنابَةُ في الطَّهارَةِ، إلاَّ في صَبِّ الماءِ، وإِيصالِ الماءِ إلى الأعْضاءِ، وفي تَطْهِيرِ النَّجاسَةِ عن البَدَنِ والثَّوْبِ وغيرِهما.

ينظر المغني (٧/ ٢٠٠ ـ ٢٠٣).

وقت الاستيفاء، جاز؛ لأن ولاية الاستيفاء إلى الإمام، وأنه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال.

وإن كان غائباً اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم يجوز؛ لأن عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وأنه لا يحتملهما، وقال بعضهم لا يجوز، لأنه إن كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الإقرار والتصديق، وهذا عندنا، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان.

وجه قوله أن هذا حقه، فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق.

ولنا الفرق على قول بعض المشايخ، وهو ما ذكرنا أنه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي فيما رماه أو يترك الخصومة، فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة، والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق.

ويجوز التوكيل بالتعزير إثباتاً واستيفاء بالاتفاق، وللوكيل أن يستوفي، سواء كان الموكل غائباً أو حاضراً؛ لأنه حق العبد ولا يسقط بالشبهات؛ بخلاف الحدود والاختصاص، ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين، فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص.

وأما التوكيل باستيفاء القصاص فإن كان الموكل وهو المولى حاضراً، جاز؛ لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه، فيحتاج إلى التوكيل، وإن كان غائباً لا يجوز؛ لأن احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضراً لعفا، فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة، وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ يجوز وإن كان غائباً، والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف.

وأما التوكيل بحقوق العباد، فنقول وبالله التوفيق: حقوق العباد على نوعين؛ نوعٌ لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص، وقد مر حكم التوكيل بإثباته وباستيفائه، ونوع يجوز استيفاؤه وأخذه مع الشبهة؛ كالديون والإعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص، فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم، حتى يلزم الخصم جواب التوكيل.

والأصل فيه ما روي عن عبد الله بن جعفر ـ رضي الله عنهما ـ أن سيدنا عليًا ـ رضي الله عنه ـ كان لا يحضر الخصومة، وكان يقول إن لهما لحماً يحضرها الشياطين، فجعل الخصومة إلى عقيل ـ رضي الله عنه ـ فلما كبر ورق حولها إلي، وكان علي يقول: ما قضي لوكيلي فلي، وما قضي على وكيلي فعلي.

ومعلومٌ أن سيدنا عليًا ـ رضي الله عنه ـ لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله، فكان توكيله

برضا الخصم، ، فدل على الجواز برضا الخصم، واختلف في جوازه بغير رضا الخصم، قال أبو حنيفة ـ عليه الرحمة ـ لا يجوز من غير عذر المرض والسفر، وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الأحوال كلها، وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ.

وذكر الجصاص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب، لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريرة فجوزوا توكيلها، وهذا استحسان في موضعه، وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز إلاَّ توكيل البكر، وهذا غير سديدٍ لما يذكر.

وجه قولهم أَن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل، فلا يقف على رضا الخصم؛ كالتوكيل باستيفاء الدين، ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعي، والإنكار حق المدعى عليه، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه، فلا يقف على رضا خصمه، كما لو كان خاصمه بنفسه، ولأَبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق، ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط، وكذا إنكار المدعى عليه، فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي، فلم يكن كل ذلك حقًّا، فكان الأصل أن لا يلزم به جواب، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة، وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل، فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر، فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز مَنْ يخاصمه عن إحياء حقه، فيتضرر به، فيشترط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه.

وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت، وهذا لا يجوز.

وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة؛ لأنها تستحي عن الحضور لمحافل الرجال، وعن الجواب بعد الخصومة، بكراً كانت أو ثيباً، فيضيع حقها.

وأما في مسألتنا فلا ضرورة، ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل، جاز، ويصير وكيلاً بالإنكار، سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية.

وروى عن محمد أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز، وإن وكل المطلوب لا يجوز، والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه، لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة، ولو أطلق

التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب، لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة، هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد، فأما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل، يصح عند أبي يوسف، وعند محمد لا يصح.

وأما التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز، وذكر الطحاوي أنه لا يجوز، ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب، والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب؛ لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل، ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم؛ لأن حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا، ويجوز التوكيل بقبض الدين؛ لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه، فيحتاج إلى التفويض إلى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات؛ إلا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم وبدل الصرف إنما يجوز في المجلس؛ لأن الموكل إنما يملك القبض فيه لا في غيره.

وإذا قبض الدين من الغريم برىء الغريم؛ لأن القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين؛ لأنه يملك القضاء بنفسه، وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره، سواء كان الموكل حرًّا أو عبداً، مأذوناً أو مكاتباً؛ لأنهما يملكان القضاء بأنفسهما، فيملكان التفويض إلى غيرهما أيضاً، ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة؛ لأن هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره.

ويجوز بالنكاح[1] والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والإعتاق على مال والصلح على إنكار؛ لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره، وتجوز الهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا.

ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا، ويجوز بالإقراض والاستقراض[2]، إلاَّ أن في

---

(١) ويجوزُ التَّوْكِيلُ في عَقْدِ النِّكَاحِ في الإِيجابِ والقَبُولِ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرَو بن أُمَيَّةَ، وأبَا رَافِعٍ، في قَبُولِ النِّكَاحِ له. ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه، فإنَّه ربَّما احْتاجَ إلى التَّزَوُّجِ من مَكانٍ بَعِيدٍ، لا يُمْكِنُه السَّفَرُ إليه، فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَ أمَّ حَبِيبَةَ، وهي يَوْمَئِذٍ بأرْضِ الحَبَشَةِ.
ينظر: المغني (٧/ ١٩٩).

(٢) لا نَعْلَمُ خِلافاً في جَوازِ التَّوْكِيلِ في البَيْعِ والشِّراءِ.
لأنَّ الحاجةَ داعِيَةٌ إلى التَّوْكِيلِ فيه؛ لأنَّه قد يكونُ مِمَّنْ لا يُحْسِنُ البَيْعَ والشِّرَاءَ، أو لا يُمْكِنُه الخُرُوجُ إلى السُّوقِ. وقد يكونُ له مالٌ ولا يُحْسِنُ التِّجارةَ فيه، وقد يُحْسِنُ ولا يَتَفَرَّغُ، وقد لا تَلِيقُ به التِّجارَةُ لكَوْنِه امْرَأةً، أو ممَّن يَتَعَيَّرُ بها، ويَحُطُّ ذلك من مَنْزِلَتِه، فأبَاحَها الشَّرْعُ دَفْعاً للحاجَةِ، وتَحْصِيلاً لِمَصْلَحَةِ الآدَمِيِّ المَخْلُوقِ لِعِبَادَةِ الله سُبْحَانَهُ. ويجوزُ التَّوْكِيلُ في الحَوَالَةِ، والرَّهْنِ، والضَّمَانِ، والكَفَالَةِ، والشَّرِكَةِ، =

التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل إلا إذا بلغ على وجه الرسالة؛ بأن يقول أرسلني إليك ليستقرض كذا.

ويجوز التوكيل بالصلح وبالإبراء، ويجور بالطلاق والعتاق والإجارة والاستئجار لما قلنا.

ويجوز بالسلم والصرف لأنه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما إلى غيره، إلا أن قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد على الصحة، والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما؛ لأن حقوق العقد راجعة إليهما لما نذكر، فإذا تقابض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق، فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين إذا تقابضا في المجلس ثم افترقا أنه يبطل العقد؛ لأن حقوق العقد لا ترجع إلى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد، فإذا افترقا فقد حصل الافتراق، لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر، ولا تعتبر مفارقة الموكل؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه، بل هو أجنبي عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدةٍ.

ويجوز التوكيل بالبيع والشراء؛ لأنهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه، فيملك التفويض إلى غيره، إلا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر.

وبيان ذلك أن التوكيل بالشراء نوعان: عامٌّ وخاصٌّ، فالعام: أن يقول له: اشتر لي ما شئت، أو ما رأيت، أو أَيُّ ثوب شئت، أو أيُّ دار شئت، أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب، ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن، لأنه فرض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة.

والخاص: أن يقول: اشتر لي ثوباً، أو حيواناً، أو دابةً، أو جوهراً، أو عبداً، أو جارية، أو فرساً، أو بغلاً، أو حماراً، أو شاةً.

والأصل فيه أن الجهالة إن كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل، وإن كانت قليلة لا تمنع، وهذا استحسان، والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها، ولا يجوز إلا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن؛ لأن البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة، فلا يصح التوكيل بهما أيضاً.

= والوَدِيعَةِ، والمُضَارِبَةِ، والجَعَالَةِ، والمُسَاقاةِ، والإِجَارَةِ، والقَرْضِ، والصُّلْحِ، والوَصِيَّةِ، والهِبَةِ، والوَقْفِ، والصَّدَقَةِ، والفَسْخِ، والإِبْراءِ؛ لأنَّها في مَعْنَى البَيْعِ في الحاجَةِ إلى التَّوْكِيلِ فيها، فَيَثْبُتُ فيها حُكْمُه. ولا نَعْلَمُ في شيءٍ مَن ذلك اختلافاً.
ينظر المغني (٧/١٩٨ ـ ١٩٩).

وجه الاستحسان ما روي أن رسول الله ـ ﷺ ـ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري له به أضحية[١]، ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسولُ الله ـ ﷺ ـ؛ لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية وبقدر الثمن؛ ولأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة، فالظاهر أنه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع؛ لأن مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاونة المال بالمال، فالجهالة فيه وإن قلّت تفضي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد، فهو الفرق.

وإذا ثبت أن الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قَلّت الجهالة صح التوكيل بالشراء، وإلاً فلا ينظر إن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به إلا بعد بيان النوع، وذلك نحو أن يقول: اشتر لي ثوباً؛ لأن اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الإبريسم والقطن والكتان وغيرهما، فكانت الجهالة كثيرة، فمنعت صحة التوكيل، فلا يصح، وإن سمى الثمن؛ لأن الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة، فلا تقل إلا بذكر النوع بأن يقول اشتر لي ثوباً هرويًا، فإن سكت عنه كثرت الجهالة، فلم يصح التوكيل.

وكذا إذا قال: اشتر لي حيواناً، أو قال: اشتر لي دابةً أو أرضاً، أو مملوكاً أو جوهراً أو حيوباً؛ لأن كل واحد منهما اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة، فلا بد من ذكر النوع؛ بأن يقول: ثوباً هرويًا، فإذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل، وكذا إذا قال: اشتر لي داراً، لا يصح؛ لأن بين الدار والدار تفاوتاً فاحشاً، فإن عين الدار يجوز، وإن لم يعين ولكنه بين الثمن، جاز أيضاً، ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل؛ لأن الجهالة تقل بعد بيان الثمن.

وروي عن أبي يوسف أَنه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حق يعين مصراً من الأَمصار، ولو قال: اشتر لي داراً في موضع كذا، أو حبة لؤلؤ، أو فص ياقوت أحمر، ولم يسم الثمن، لا يجوز؛ لأن التفاوت متفاحش، والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل، فلا بد من بيان الثمن، وإن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع إلا على نوع واحد يكتفي فيه بذكر أحد أمرين؛ أَما الصفة بأن قال: اشتر لي عبداً تركياً، أو مقدار الثمن؛ بأن قال: اشتر لي عبداً بألف درهم؛ لأن الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل؛ لأن الصفة تصير معلومة بذكر الثمن، وَإِن لَم يذكرها، وإذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوماً بحال الآمر فيما يشتريه أمثاله عادةً، حتى إنه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل؛ كذا روي عن أبي يوسف فيمن قال:

---

(١) تقدم في البيوع.

اشتر لي خادماً من جنس كذا؛ أَن ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس، فإن كان الثمن كثيراً لا يتعامل الناس به لم يجز على الآمر؛ وكذا البدوي إذا قال: اشتر لي خادماً حبشيًا، فهو على ما يعتاده أهل البادية، وهذا كله اعتبار حال الموكل، فإن لم يذكر أحدهما أصلاً، فالوكالة باطلة؛ لأن الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعاً، فمنعت صحة الوكالة.

ولو قال: اشتر لي حماراً أو بغلاً أو فرساً أو بعيراً؛ ولم يذكر له صفة ولا ثمناً، قالوا: إنه يجوز؛ لأن النوع صار معلوماً بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير، والصفة تصير معلومة بحال الموكل؛ وكذا الثمن، فينظر: إن اشترا حماراً بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله، جاز على الموكل إذا كان الحمار مما يشتري مثله الموكل، وإن كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل، ويلزم الوكيل، وإن اشتراه بمثل قيمته، نحو أن يكون الموكل مكارياً فاشتري الوكيل حماراً مصريًا يصلح للركوب؛ لأن مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب.

ولو قال: اشتر لي شاةً أو بقرةً، ولم يذكر صفة ولا ثمناً، لا يجوز لأن الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحالِ الموكل، ولا بد وأن يكون أحدهما معلوماً لما بيننا. وَلَوْ قال: اشتر لي حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين، إما قدر الثمن. وإما قدر المثمن؛ وهو المكيل؛ لأن الجهالة لا تقل إلا بذكر أحدهما، وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات، ولو وكله ليشتري له طيلساناً لا يصح، إلا بعد بيان الثمن والنوع؛ لأن الجهالة لا تقل إلا بعد بيان أحدهما، والله أعلم.

فصل [في حكم التوكيل]

وأما بيان حكم التوكيل، فنقول وبالله التوفيق: حكم التوكيل صيرورة المضاف إليه وكيلاً؛ لأن التوكيل إثبات الوكالة وللوكالة أحكام.

منها: ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل، فيحتاج إلى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه، فنقول وبالله التوفيق: الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة، وقال زفر والشافعي ـ رحمهما الله ـ لا يملك والأب والوصي وأمين القاضي لا يملك الإقرار على الصغير بالإجماع.

وجه قولهما أن الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والإقرار مسالمة، فلا يتناوله التوكيل بالخصومة، فلا يملكه الوكيل.

ولنا أن التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله ـ عَزَّ وجلَّ ـ وقد يكون ذلك إنكاراً، وقد يكون إقراراً، فإذا أقر على موكله دل أن الحق هو الإقرار فينفذ على

الموكل؛ كما إذا أقر على موكله وصدقه الموكل، ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم، قال أبو حنيفة ومحمد: يصح إقراره في مجلس القاضي لا في غيره، وقال أبو يوسف: يصح فيه وفي غيره.

وجه قوله أن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره، وإقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي، فكذا إقرار الوكيل، ولهما أن فوض الأمر إليه لكن في مجلس القاضي؛ لأن التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة، وكل ذلك يختص بمجلس القاضي؛ ألا يرى أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي، وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي، إلاَّ أنه إذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن الوكالة وينعزل؛ لأنه لو بقي وكيلاً لبقي وكيلاً بالإقرار عيناً؛ لأن الإنكار لا يسمع منه للتناقض، والإقرار عيناً غير موكل به الوكيل بالخصومة في مال إذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: لا يملك.

وجه قوله أن المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء، ومن الوكيل بالقبض الأمانة، وليس كل من يهتدي إلى شيء يؤتمن عليه، فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض.

ولنا أنه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه؛ لأن الخصومة فيه لا تنتهي إلا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض، والوكيل يتقاضى الدين يملك القبض في ظاهر الرواية؛ لأن حق التقاضي لا ينقطع إلا بالقبض، فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض؛ ولأن التقاضي والاقتضاء والاستيفاء واحد، إلا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا إنه لا يملك في عرف ديارنا؛ لأن الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضي؛ كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس، والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة، وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضاً، فيملك إقامة البينة.

وكذا لو أقام المدعى عليه البينة أن صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده، وعندهما لا تقبل ولا يملك، وأجمعوا في الوكيل بقبض العين إذا أنكر من في يده أنه لا يملك الخصومة حتى لا يملك إقامة البينة.

ولو أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من الذي وكله بالقبض، لا تسمع منه بينته في إثبات الشراء، ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال إلى أن يحضر الموكل، وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب والقسمة أنه يملك الخصومة.

وجه قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق، فلا يتعدى إلى الخصومة كالتوكيل بقبض العين؛ ولأبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة، والحقوق في

مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما في البيع والإِجارة، ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور؛ لأن الدين إِما أن يكون عبارة عن الفعل، وهو فعل تسليم المال، وإِما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه، ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم، وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال، فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال، فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن؛ لأن ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة؛ لأَن عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها إِلا بأمر جديد، فهو الفرق بين الفصلين، فإِذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض؛ لأنها بينة قامت لا على خصم، ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل.

ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه؛ كمن وكل إِنساناً بنقل زوجته إِلى حيث هو، فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على أن زوجها طلقها ثلاثاً، تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل، ولا تسمع في إِثبات الحرمة؛ كذا هذا.

وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة، فكانت الخصومة فيها من حقوقها، فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض إِذا أراد أن يوكل غيره.

هذا على وجهين: إِما إِن كانت الوكالة عامة؛ بأن قال له وقت التوكيل بالقبض: اصنع ما شئت، أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي؛ أو نحو ذلك، وإِما إَن كانت خاصة؛ بأن لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض، فإِن كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض؛ لأَن الأصل فيما يخرج مخرج العموم إِجراؤه على عمومه.

وإِن كانت خاصة فليس له أن يوكل بالقبض؛ لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض إِليه؛ فإِن فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين؛ لأن توكيله بالقبض إِذا لم يصح فقبضه وقبض الأجنبي سواء، فإِن وصل إِلى يد الوكيل الأول برئ الغريم؛ لأنه وصل إِلى يد من هو نائب الموكل في القبض.

وإِن هلك في يده قبل أن يصل إِلى الوكيل الأول ضمن القابض للغريم؛ لأن قبضه بجهة استيفاء الدين، والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة؛ على ما مر، والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء، وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الأول؛ لأنه صار مغروراً من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه؛ إِذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة، فيرجع عليه بضمان الكفالة، ولا يبرأ الغريم من الدين؛ لما قلنا أَن توكيله بالقبض لم يصح، فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه، وإِذا أخذ منه رجع الغريم

على الوكيل الثاني لما قلنا، ويرجع الوكيل الثاني على الأول بحكم الغرور؛ لما قلنا أَن الوكيل بقبض الدين للموكل على إنسان معين أو في بلد معين لا يملك أن يتعدى إِلى غيره؛ لأن المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر، وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عوضاً عن الدين، وهو أن يأخذ عيناً مكانه؛ لأن هذه معاوضة مقصودة، وأَنها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين؛ وهذا لما بينا أن قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا، فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة، إلا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلاً بالمعاوضة؛ ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضياً بثبوتها ضمناً للعقد، فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلاً، فلا يملكها الوكيل.

ولو كان لرجل على رجلٍ دين فجاء إنسان إِلى الغريم وقال: إِن الطالب أمرني أن أقبضه منك، فإِن صدقه الغريم وأراد أَن يدفع إِليه لا يمنع منع، وَإِن أبى أن يدفع إِليه يجبر على الدفع في الدين، وفي العين لا يجبر عليه.

والفرق أن التصديق في الدين إقرار على نفسه، فكان مجبوراً على التسليم، وفي العين إِقرار على غيره، فلا يصح إِلا بتصديق ذلك الغير.

وَإِن لم يصدقه لم يجبر على الدفع، فإِن دفعه إِليه ثم جاء الطالب، فإِن صدقه مضى الأمر، وإِن كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك، فهذا على وجه ثلاثة؛ إِما أن صدقه ودفعه إِليه، وإِما أن كذبه ومع ذلك دفع إِليه، وإِما أن لم يصدقه ولم يكذبه ودفع إِليه، فإِن صدقه في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب، يقال له: ادفع الدين إِلى الطالب ولا حق لك على الوكيلِ؛ لأنه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته، وإِقراره صحيح في حق نفسه، فكأنه يقول أن الوكيل كان محقًّا في القبض، وأن الطالب ظالم فيما يقبض مني، وإِن ظلم عَلَيَّ مبطل فلا أظلم على محقٍّ، وإِن صدقه وضمنه ما دفع إِليه ثم حضر الطالب فأخذ منه، يرجع هو على القابض؛ لأَن الغريم وإِن أقر أَن القابض محق في القبض بتصديقه إِياه في الوكالة فعنده أَن الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه، فإِذا ضمنه فقد أضاف الضمان إِلى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق، وإِضافة الضمان إِلى المقبوض المضمون صحيح؛ كما إِذا قال: ما غصبك فلان فعلي.

وإِن كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع إِليه، له أن يضمن الوكيل؛ لأن عنده أَنه مبطل في القبض، وإِنما دفعه إِليه على رجاء أن يجوزه الطالب.

وكذا إِذا لم يصدق ولم يكذب؛ لأنه لم يوجد منه الإِقرار بكونه محقًّا في القبض، فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين إِذا قبضه فوجده معيباً، فما كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله؛ لأنه قائم مقام الموكل، فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً، فكذا الوكيل.

ولو وكل رجلاً بقبض دين له على رجل وغاب الطالب، فادعى الغريم أَنه قد أوفاه الطالب، لا يحتاج الوكيل إِلى إِقامة البينة ولا إِلى إِحضار الطالب ليحلفه، لكن يقال للغريم: ادفع الدين إِلى الوكيل، ثم اتبع الطالب وحلفه إِن أردت يمينه، فإِن حلف وإِلا رجعت عليه؛ لأنه مقر بالدين، والدين مقضى على لسان رسولِ الله - ﷺ -، فلا يحكم بسقوطه بدعوى الإِيفاء مع الاحتمال، بل يجبر على التسليم إِلى الوكيل.

وكذلك الوكيل بطلب الشفعة إِذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم للشفعة، يؤمر بتسليم الدار إِلى الوكيل، ثم يقال له: اتبع الشفيع وحلفه إِن أردت يمينه؛ لأن المشتري مقر بثبوت حق الشفعة؛ لأن تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال، فيؤمر بتسليم المشتري إِلى الوكيل، وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب إِذا ادعى البائع أن المشتري قد رضي بالعيب؛ أنه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل، فيحلف بالله - تعالى - ما رضي بهذا العيب؛ لأن البائع بقوله رضي المشتري بالعيب، لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب، إِذ ليس كل عيب موجباً للرد.

ألا ترى أنه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب، فيتوقف على حضور الموكل ويمينه، فإِن أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله - عزَّ وجلَّ - ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين، لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال زفر: يحلفه على علمه، فإِن أبى أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم، وكان الطالب على حجته.

وجه قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض، فإِذا أنكر يستحلف؛ لجواز أن ينكل عن اليمين فيسقط حقه.

ولنا قول النبي - عليه الصّلاة والسلام - «**وَاليَمِينُ عَلَىٰ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ**»، والغريم ما ادعى على الوكيل شيئاً، وإِنما ادعى على الموكل، فكانت اليمين عليه، واليمين مما لا تجري فيه النيابة، فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل، وهذا بخلاف ما إِذا مات الطالب فادعى الغريم أنه قد كان استوفاه حال حياته، وأنكر الوارث؛ أن له أن يستحلف الوارث على علمه بالله - تعالى - ما يعلم أن الطالب استوفى الدين؛ لأن هناك الوارث مدعى عليه؛ لأن الغريم يدعي عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذي هو حقه، فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن الموروث، إِلاَّ أنه يستحلف على علمه؛ لأنه يستحلف عل فعل غيره، وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت؛ لأنه لا علم له به أنه فعل ذلك أو لم يفعل.

فإِن أقام الغريم البينة على الإِيفاء، سمعت بينته عند أبي حنيفة، وعندهما: لا تسمع، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ بناءً على أن الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلاً بالخصومة فيه؟ عنده يكون، وعندهما لا يكون لما تقدم.

وكذلك على هذا الاختلاف إذا أقام الغريم البينة أنه أعطى الطالب بالدراهم الدنانير أو باعه بها عرضاً فبينته مسموعة عنده، وعندهما غير مسموعة؛ لأن إيفاء الدين بطريقي المبادلة والمقاصة، ويستوي فيهما الجنس وخلاف الجنس، فكان الخلاف في الكل ثابتاً.

وأما الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون مقيداً، فإن كان مقيداً يراعي فيه القيد بالإجماع؛ حتى أنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته، إلا أن يكون خلافه إلى خير؛ لما مر أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلي من التصرف قدر ما ولاه.

وإن كان الخلاف إلى خير فإنما نفذ؛ لأنه إن كان خلافاً صورة، فهو وفاق معنى؛ لأنه آمر به دلالة، فكان منصرفاً بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة إذا قال: بع عبدي هذا بألف درهم، فباعه بأقل من الألف، لا ينفذ.

وكذا إذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ، وإن كانت قيمته أكثر من ألف درهم لأَنه خلاف إلى شر؛ لأن أغراض الناس تختلف باختلاف الأجناس، فكان في معنى الخلاف إلى شر، وإن باعه بأكثر من ألف درهم نفذ؛ لأَنه خلاف إلى خير، فلم يكن خلافاً أصلاً.

وكذا على هذا لو وكله بالبيع بألف درهم حالة، فباعه بألف نسيئة، لم ينفذ، بل يتوقف لما قلنا، وَإن وكله بأن يبيعه بألف درهم نسيئة، فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا، وإن وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر، فباعه ولم يشترط الخيار، لم يجز بل يتوقف.

ولو باع وشرع الخيار للآمر ليس له أن يجيز؛ لأنه لو ملك الإجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة.

هذا إذا كان التوكيل بالبيع مقيداً، فأما إذا كان مطلقاً فيراعي فيه الإطلاق عند أبي حنيفة، فيملك البيع بالقليل والكثير، وعندهما لا يملك البيع إلاً بما يتغابن الناس في مثله، وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما.

وجه قولهما أن مطلب البيع ينصرف إلى المبيع المتعارف، والبيع بغبن فاحشٍ ليس بمتعارف، فلا ينصرف، إليه كالتوكيل بالشراء.

ولأَبي حنيفة أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل والعرف متعارضٌ، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً، فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض، مع أن البيع بغبن فاحشٍ إن لم يكن متعارفاً فعلاً فهو متعارف ذكراً وتسميةً؛ لأن كل واحد منهما يسمى بيعاً، أو هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغةً، وقد وجد، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكراً وتسمية من غير عتبار الفعل.

ألا ترى أَنَّ مَنْ حَلَفَ لا يأكل لحماً، فأكل لحم الآدمي أو لحم الخنزير يحنث، وإن لم يكن أكله متعارفاً؛ لكونه متعارفاً إطلاقاً وتسميةً؛ وكذا هذا.

وأما التوكيل بالشراء، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن جوازه ثبت على خلاف القياس؛ لكونه أمراً بالتصرف في مال غيره وذكره الثمن فيه تبع.

أَلاَ تَرَىٰ أنه يصح بدون ذكر الثمن، إلا أنه جوز باعتبار الحاجة؛ إذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشتري بنفسه، فيحتاج إلى من يوكل به غيره، والحاجة إلى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثله، فينصرف الأمر بمطلق الشراء إليه البتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال؛ أنه يشتري لنفسه، فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل، ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق.

وكذلك يملك البيع بغير الأثمان المطلقة عنده، وعندهما لا يملك، وهو قول الشافعي ـ رحمه الله ـ ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده، وعندهما لا يملك إلا بالنقد، والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش.

ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين: إما أن كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه؛ كالمكيل والموزون؛ بأن كان وكيلاً ببيع عبدين فباع أحدهما جاز بالإجماع.

وإن كان في تبعيضه ضرر؛ بأن وكله ببيع عبد فباع نصفه، جاز عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ، وعندهما لا يجوز إلا بإجازة الموكل أو ببيع النصف الباقي، ولو كان وكيلاً بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الآمر إجماعاً، إلا أنه يشتري الباقي ويجيزه الموكل.

وجه قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع، وهو العرف والعادة، ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الأعيان، ولأبي حنيفة الفرقُ بين البيع والشراء على ما مر، ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز، فلأن يجوز بيع البعض به أولى؛ لأنه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه، وبهذا فارق الشراء؛ لأن التوكيل بالشراء إذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز، والوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن، وله أن يؤخره عنه، وله أن يأخذ به عوضاً، وله أن يصالح على شيء ويحتال به على إنسان، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يملك شيئاً من ذلك.

وجه قولهما أن الوكيل بالإبراء وأخواته تصرف في ملك الموكل من غير إذنه، فلا ينفذ عليه؛ كما لو فعلها أجنبي.

وجه قوله أنه تصرف في حق نفسه بالإِبراء؛ لأن قبض الثمن حقه فكان الإِبراء عن الثمن إِبراء عن قبضه؛ تصحيحاً لتصرفه بقدر الإِمكان، ولو أسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة؛ لأنه لو بقي لبقي ديناً لا يحتمل القبض أصلاً، وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع؛ ولأن ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة، ويضمن الثمن للموكل؛ لأنه وإِن تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إِلى ملك غيره بالإِتلاف، فيجب عليه الضمان.

وكذا إِذا أخذ بالثمن عوضاً عن المشتري؛ لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه، فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض، ويضمن لما ذكرنا؛ وكذا إِذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة؛ وكذا إِذا أحاله المشتري بالثمن على إِنسان وقبل الوكيل الحوالة؛ لأنه بقبول الحوالة تصرف في حق نفسه بالإِبراء عنه؛ لأن الحوالة مبرئة، وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل فيه؛ لما ذكرنا ويضمن لما قلنا.

وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض، وأنه صادف حق نفسه فيصح، لكنه تعدى إِلى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه، فيضمن، وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره؛ لأن مبنى الوكالة على الخصوص؛ لأن الوكيل ينصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل، فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم إلا بلفظ يدل عليه، وهو قوله اعمل فيه برأيك، وغير ذلك مما يدل على العموم، فإِن وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الأول، جاز، وَإِن باع بغير حضرته لا يجوز، إلا أن يجيزه الأول والموكل.

وكذا إِذا باعه فضولي فبلغ الوكيل أو الموكل فأجاز، يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يجوز بيع الوكيل الثاني، سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو لم يكن بحضرته.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز كيف ما كان، والصحيح قول أصحابنا الثلاثة؛ لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل، بل المقصود رأيه، فإِذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ، وإِذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه، فلا ينفذ، ولكنه ينعقد موقوفاً على إِجازة الوكيل أو الموكل؛ لصدور التصرف من أهله في محله، وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه؛ لأن الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدي إِلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً، مطالباً ومطالباً، وهذا محال.

وكذا لا يبيع من نفسه وإِن أمره الموكل بذلك لما قلنا؛ ولأنه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته، عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة، وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه.

وجه قولهما أن البيع من هؤلاء ومن الأجنبي سواء؛ لأن كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه.

ولأبي حنيفة أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه، ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الأجنبي، ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه؛ لأن البيع من عبده بيع من نفسه؛ لأنه لا ملك له؛ وكذا المكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله - ﷺ -؛ كذا هذا.

يحققه أن اتصال منافع الأملاك بينهما تورث التهمة، لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه، بخلاف الأجنبي.

ولو عمم التوكيل فقال: اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء، أو أجاز ما صنعه الوكيل، جاز بيعه بالاتفاق، ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين، يحال الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاسد، لأن اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين، إذا هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وقد وجد، بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد؛ لأن المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل، والمقصود من البيع الملك، وأنه يثبت بالبيع الفاسد.

وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - يملك؛ وقال محمد: لا يملك، وبه أخذ الشافعي - رحمه الله -.

وجه قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه، والصحيح يفيد الحكم بنفسه، فكانا مختلفين، فلا يكون التوكيل بأحدهما توكيلاً بالآخر، فإذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفاً.

ولهما أن هذا ليس بخلاف حقيقة لأن البيع الصحيح خير، وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصًّا، فكان آتياً بما وكل به، فلا يكون مخالفاً.

وأما الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو إما أن كان مطلقاً أو مقيداً فإن كان مقيداً يراعي فيه القيد إجماعاً لما ذكرنا، سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري، أو إلى الثمن، حتى إنه إذا خالف يلزم الشراء، إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل.

مثال الأول: إذا قال اشتر لي جارية أطؤها أو أستخدمها أو أتخذها أم ولد، فاشترى جارية مجوسية، أو أخته من الرضاع، أو مرتدة، أو ذات زوج، لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل.

كذلك إذا قال: اشتر لي جارية تخدمني، فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء، لأن الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه، إلا قيداً لا يفيد اعتباره، واعتبار هذا النوع من القيد مفيد؛ وكذلك إذا قال: اشتر لي جارية تركية، فاشترى جارية حبشية، لا يلزم الموكل، ويلزم الوكيل؛ لما ذكرنا.

ومثال الثاني: إذا قال له: اشترى لي جارية بألف درهم، فاشترى جارية بأكثر من

الأَلف، تلزم الوكيل دون الموكل؛ لأنه خالف أمر الموكل، فيصير مشترياً لنفسه، ولو قال: اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار، فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل إجماعاً؛ لأن الجنس مختلف فيكون مخالفاً.

ولو قال: اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار، فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار، ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة، فكان التقييد بأحدهما مفيداً.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كأنه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة، كما اعتبرا جنساً واحداً في الشفعة، وهو أن الشفيع إذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة، ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير، صح التسليم؛ كذا ههنا؛ فإن اشترى جارية بألف درهم فإن كان مثلها يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقلٍّ من ألف، مقدار ما يتغابن الناس فيه، لزم الموكل وإن كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لأن شراء الوكيل المعروف المعروف.

وإن اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشتري بألف، لزم الموكل؛ لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى، وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة، فاشترى جارية بألف حالَّة، لزم الوكيل؛ لأنه خالف قيد الموكل، ولو أمره أن يشتري بألف حالة، فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل؛ لأن وإن خالف صورة فقد وافق معنى، والعبرة للمعنى لا للصورة، ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل، فاشترى بغير خيار لزم الوكيل، والأَصْلُ أَنَّ الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه، والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل، والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم؛ لأنه يملك الشراء لنفسه، فأمكن تنفيذه عليه، حتى إنه لو كان صبيًا محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه، بل يتوقف على إجازة الموكل؛ لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما، فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف، وكذا إذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بشراء عبد بعينه، فاشترى نصفه لعدم إمكان التنفيذ عليه، فاحتمل التوقف، ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع، فاحتمل التوقف على الإجازة.

ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل، توقف على الإجازة؛ لأنه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين، والبيع يقف على إجازة الموكل، هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً، فأما إذا كان مطلقاً فإنه يراعي فيه الإطلاق ما أمكن، إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به، وعلى هذا إذا وكل رجلاً بشراء جارية، وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة، فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف، أو عوراء، لزم الموكل، وكذا إذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو عمياء عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الوكيل.

وجه قولهما أن الجارية تشترى للاستخدام عرفاً وعادةً، وغرض الاستخدام لا يحصل

عند فوات جنس المنفعة، فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف، ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة، وإن كان نصُّ التحرير مطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها دلالة؛ كذا هذا.

وجه قوله أبي حنيفة أن اسم الجارية بإطلاقها يَقَعُ على هذه الجارية؛ كما يقع على سليمة الأَطراف، فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل وقد وجد.

وأما في باب الكفارة فلأن الأمر تعلق بتحرير رقبة، والرقبة اسم لذات مركب من هذه الأجزاء، فإذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات، فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة، فأما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الأَجزاء، فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية، بخلاف اسم الرقبة، حتى أَن التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما يجوز في الكفارة؛ كذا قالوا.

ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة «صحيحة» ولم يسم ثمناً، فاشترى الوكيل جارية؛ إن اشترى بمثل القيمة أو بأقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها، جاز على الموكل، وإن اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل؛ لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها، فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الأمر على الوكلاء ولامتنعوا عن قبول الوكالات، وبالناس حاجة إليها فمست الحاجة إلى تحملها، ولا ضرورة في الكثير لإمكان التحرز عنه، والفاصل بين القليل والكثير إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة، وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة، وما لا يدخل كانت زيادته متحققة، وقدر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر، فقال: إن كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها، وإن كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها.

وقال الجصاص: ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الأَشياء كلها؛ لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، منها ما بعد أقل من ذلك غبناً فيه، ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه.

وقدر نصر بن يحيى القليل بالده ينم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده، والله تعالى أعلم.

الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف؛ إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة؛ لأنه امتثل أمر الوكيل، وعند زفر يلزم الوكيل، ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل إجماعاً لأنه خالف، وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب؛ كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك.

وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزء منه معلوماً؛ أنه يجوز عند أبي حنيفة، سواء باع الباقي منه أو لا، والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً.

ولو أعتقه بعدما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي، قال أبو يوسف: إن أعتقه الموكل جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز، وقال محمد على القلب من ذلك.

وجه قول محمد أن الوكيل قد خالف فيما وكل به. فلم يكن مشترياً للموكل، فكيف ينفذ منه إعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ إعتاقه.

ولأبي يوسف أن إعتاق الموكل صادف عقداً موقوفاً نفاذه على إجازته، فكان الإعتاق إجازة منه؛ كما إذا صرح بالإجازة وإعتاق الوكيل لم يصادف عقداً موقوفاً على إجازته؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه، فلم يحتمل التوقف على إجازته فبطل.

وإن كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب، فاشترى نصفه، يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي؛ نحو إن وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين.

وكذا لو وكله بشراء عبدين بألف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة، لزم الموكل إجماعاً؛ وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها، والله أعلم، والوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يلزمه العشرين بدرهم، ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً.

وجه قول أبي يوسف أن هذا خلاف صورة لا معنى؛ لأنه خلاف إلى خير، وذا لا يمنع النفاذ على الموكل؛ كما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم أنه يلزم الموكل؛ كذا هذا.

وجه قولهما أن الوكيل يتصرف بحكم الأمر، فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر، وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك، بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم؛ لأن الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة لدخولها بين الوزنين.

ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوي مائة، روي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لا يلزم الموكل واحد منهما، وقال أبو حنيفة إذا كان رجلاً بشراء عبدين بأعيانهما بألف درهم وقيمتهما سواء، فاشترى أحدهما بستمائة درهم، لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الألف، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه، وهذا لا يتحقق خلافاً، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

الوكيلُ بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتري لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل؛ لأَن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة، وهو لا يملك ذلك إلا بمحضر من الموكل؛ كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحضر منه؛ على ما نذكره في موضعه، إِنْ شَاءَ الله تعالى.

وأما الوكيل بشراء شيءٍ بغير عينه إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه، إلا أن ينويه للموكل.

وجملة الكلام فيه أنه إذا قال اشتريته لنفسي وصدقه الموكل، فالمشتري له، وإذا قال الموكل اشتريته لي وصدقه الوكيل، فالمشتري للموكل؛ لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه؛ كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لموكله، فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما.

ولو اختلفا فقال الوكيلُ: اشتريته لنفسي، وقال الموكل: بل اشتريته لي، يحكم فيه الثمن، فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشتري له، وَإن أداه من دراهم موكله فالمشتري لموكله؛ لأن الظاهر نقد الثمن من مال من يشتري له، فكان الظاهر شاهداً للثمن، فكان صادقاً في حكمه.

وأما إذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً، عند أبي يوسف، وعند محمد يكون الشراء للوكيل، وجه قول محمد أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره، فكان الظاهر شاهداً للوكيل، فكان المشتري له.

وجه قول أبي يوسف أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن؛ وذلك في تحكيم الثمن على ما مر، والله ـ تعالى ـ أعلم، الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه؛ لأن الحقوق في باب الشراء، ترجع إلى الوكيل فيؤدي إلى الإحالة؛ وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً، مطالباً ومطالباً؛ ولأنه مهتم في الشراء من نفسه.

ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا، وكذلك لو اشترى من ولده الصغير؛ لأن ذلك شراء من نفسه؛ وكذلك لو اشترى من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه.

وَكَذَا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل ما لا تُقبل شهادتُهُ له عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادةٍ يُتغابنُ في مثلها.

وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه، وقد مرت المسألة بحججها من قَبْلُ.

ولو كانت الوكالة عامة بأن قال له: اعمل ما شئت، أو قال له: بع من هؤلاء، أو أجاز ما صنعه الوكيل، جاز؛ لأن المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالأمر والإجازة.

ولو دفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً، فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز؛ لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لما يطعم، لكنه ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف؛ ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره، إلا إذا كان المدفوع إليه قليلاً. كالدراهم ونحوه، أو كان هناك وليمة فينصرف إلى الخبز، وقيل يحكم الثمن إن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز، وإن كان كثيراً ينصرف إليهما.

ولو قال: اشتر لي بدرهم لحماً، ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق، ويشتري الناس منه في الأغلب؛ من: لحم الضأن والمعز والبقر والإبل؛ إن جرت العادة بشرائه، ولا يتصرى إلى المشوي والمطبوخ، إلا إذا كان مسافراً ونزل خاناً ودفع إلى إنسان درهماً ليشتري به لحماً، ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك، ولا إلى شاةٍ حية، ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لانعدام جريان العادة باشترائه، وإن اشترى مسلوخاً جاز على الموكل؛ لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة، ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع؛ لأنها ليست بلحم، ولا يشتري مقصوداً أيضاً؛ بل تبعاً للحم، فلا ينصرف مطلق التوكيل إليه؛ بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل هذه الأشياء أنه يحنث؛ لأن مبنى الأيْمَانِ على العرف ذكراً وتسميةً، ومبنى الوكالة على العرف عادةً وفعلاً؛ ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد، لو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب، ولا إلى شحم البطن والألية؛ لأنهما ليسا بلحمٍ.

ولو وكله بشراء إلية لا يملك أن يشتري لحماً، لأنهما مختلفان اسماً ومقصوداً، ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار، لأن العادة بشراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار، ولو وكله بشراء الرأس فهو على النيء دون المطبوخ والمشوي، وهو على رأس الغنم دون البقر والإبل، إلا في موضعٍ جرتِ العادةُ بذلك.

والمذكور من الخلاف في «الجامع الصغير» يرجع إلى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد؛ لانعدام العادة.

ولو وكله بشراء دهن، فله أن يشتري أيَّ دهنٍ شاء، وكذا إذا وكله بشراء فاكهة، له أن يشتري أيَّ فاكهة تباع في السوق عادةً، ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج، وإن كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا.

ولو وكله أن يشتري لبناً فهو على ما يباع في عادةِ البلدِ في السوق من الغنم والبقر والإبل، وكذا إذا وكله بشراء السمن، فإن استويا فهو عليهما جميعاً، بخلاف ما إذا حلف لا

يذوق لبناً أَن ذلك يَقَعُ على لبن الغنم والبقر والإبل؛ لما ذكرنا من العرف، والله ـ تعالى ـ أعلم.

الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة، حتى لو اشترى لا يلزم الموكل؛ لأن الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للأنثى؛ وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً، أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة، لا يجوز على الموكل، والبقر يَقَعُ على الذكر والأنثى، وكذا البقرة في رواية «الجامع»؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [سورة البقرة، ٦٧] قيل إنها كانت ذكراً، وقال ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿لاَ ذَلُولٌ تُثِيرُ الأَرْضَ﴾ [سورة البقرة، ٧١]، وإثارة الأرض عملُ الثيران.

وذكر القدوري ـ رحمه الله ـ أَنها تقع على الأنثى، والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا.

والدجاج يقع على الذكر والأنثى، والدجاج على الأنثى، والبعير على الذكر والناقة على الأنثى، والبختي ضرب خاص من الإبل، والنجيبة ضرب معروف بسرعة السير، وهي كالحمارة في عرف بلادنا، ولا يقع اسم البقر على الجاموس، وإن كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم، والله ـ تعالى ـ أعلم.

الوكيل بالشراء إذا أمر غيره فاشترى، إن فعله بحضرة الأول أو بإجازته أو بإجازة الموكل، جاز على الموكل، وإلا فلا، إلا إذا كانت الوكالة عامة على ما مر، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل [في حكم الوكيلين](1)

الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به؟ أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدُهما

(1) إذا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ في تَصَرُّفٍ، وجَعَلَ لكلِّ واحدٍ الانفِرَادِ بالتَّصَرُّفِ، فله ذلك؛ لأنَّه مَأْذُونٌ له فيه. فإن لم يَجْعَلْ له ذلك، فليس لأحَدِهما الانفِرادُ به؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له في ذلك، وإنَّما يجوزُ له ما أَذِنَ فيه مُوَكِّلُه. وبهذا قال الشَّافِعِيُّ، وأصْحابُ الرَّأْيِ. وإن وَكَّلَهُما في حِفْظِ مالِه، حَفِظَاهُ معاً في حِرْزٍ لهما؛ لأنَّ قولَه: افْعَلاَ كذا. يَقْتَضِي اجْتِمَاعَهُما على فِعْلِه، وهو ممَّا يُمْكِنُ، فتَعَلَّقَ بهما. وفارَقَ هذا قولَه: بِعْتُكما. حيث كان منْقَسِماً بينهما؛ لأنه لا يُمْكِنُ كون المِلْكِ لهما على الاجْتِماعِ، فانْقَسَمَ بينهما. فإن غابَ أحدُ الوَكِيلَيْنِ، لم يكُنْ للآخَرِ أن يَتَصَرَّفَ، ولا لِلْحاكِمِ ضَمُّ أمِينٍ إليه لِيَتَصَرَّفا؛ لأنَّ المُوَكِّلَ رَشِيدٌ جائِزُ التَّصَرُّفِ، لا وِلايَةَ لِلْحَاكِمِ عليه، فلا يَضُمُّ الحاكِمُ وكِيلاً له بغيرِ أمْرِه. وفارَقَ ما لو ماتَ أحدُ الوَصِيَّيْنِ، حيث يُضِيفُ الحاكِمُ إلى الوَصِيِّ أمِيناً لِيَتَصَرَّفَا؛ لِكَوْنِ الحاكِمِ له النَّظَرُ في حَقِّ المَيِّتِ واليَتِيمِ، ولهذا لو لم يُوصِ إلى أحَدٍ، أقامَ الحاكِمُ أمِيناً في النَّظَرِ لِلْيَتِيمِ. وإن حَضَرَ الحاكِمَ أحَدُ الوَكِيلَيْنِ، والآخَرُ غائِبٌ، وادَّعَى الوَكَالَةَ لهما، وأقَامَ بَيِّنَةً سَمِعَها الحاكِمُ، وحَكَمَ بِثُبُوتِ الوَكَالَةِ لهما، ولم يَمْلِكِ الحاضِرُ التَّصَرُّفَ =

التصرف بدون صاحبه، ولو فعل لم يجز. حتى يجيز صاحبه أو الموكل؛ لأن البيع مما يحتاج فيه إلى الرأي، والموكل إنما رضي برأيهما لا برأي أحدهما، واجتماعهما على ذلك ممكن، فلم يمتثل أمر الموكل، فلا ينفذ عليه؛ وكذا الوكيلان بالشراء، سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن، وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع، إلا أن الشراء إذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الإجازة، وفي البيع يقع على الإجازة، وقد مر الفرق.

وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على مال والخلع والكتابة، وكل عقد فيه بدل هو مال؛ لأن كل ذلك مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما بانفراده، وكذا ما خرج مخرج التمليك بأن قال لرجلين: جعلت أمر امرأتي بيدكما، أو قال لهما: طلقا امرأتي إن شئتما، لا ينفرد أحدهما بالتطليق؛ لأنه جعل أمر اليد تمليكاً؛ ألا ترى أنه يقف على المجلس والتمليكات هي التي تختص بالمجلس، والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة؛ كأنه قال: طلقا امرأتي إن شئتما، وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه؛ لأن المعلق بشرطين لا ينزل إلا عند وجودهما، فكذا هذا.

وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما أن يقبض دون صاحبه؛ لأن قبض الدين مما يحتاج إلى الرأي والأمانة، وقد فوض الرأي إليهما جميعاً لا إلى أحدهما، ورضي بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما، فإن قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه إلى صاحبه، فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل إلى الموكل؛ لأنه لما وصل المقبوض إلى صاحبه أو إلى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض، فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداءً.

وَأما الوكيلان بالطلاق على غير مالٍ والعتق على غير مالٍ، والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين - فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به؛ لأن هذه التصرفات مما لا تحتاج إلى الرأي، فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضاً للتصرف إلى كل واحد منهما بانفراده.

وَأَمَّا الوكيلان بالخصومة فَكُلُّ واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة، وعند

= وحْدَه، فإذا حَضَرَ الآخَرُ تَصَرَّفَا معاً، ولا يَحْتاجُ إلى إعَادَةِ البَيِّنَةِ؛ لأنَّ الحاكِمَ سَمِعَها لهما مَرَّةً. فإن قِيل: هذا حُكْمٌ للغائِبِ. قُلْنا: يجوزُ تَبَعاً لِحَقِّ الحاضِرِ، كما يجوزُ أن يَحْكُمَ بالوَقْفِ الذي يَثْبُتُ لمن لم يُخْلَقْ لأجْلِ من يَسْتَحِقُّه في الحالِ، كذا هُهُنا. وإن جَحَدَ الغائِبُ الوَكالةَ، أو عَزَلَ نَفْسَه، لم يكُنْ للآخَرِ أن يَتَصَرَّفَ. وبما ذَكَرْناه قال أبو حنيفةَ والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء. وقال أبو حنيفة: إذا وَكَّلَهما في خُصُومَةٍ، فلكلّ واحد منهما الانْفِرَادُ بها. ولَنا، أنَّه لم يَرْضَ بِتَصَرُّفِ أحَدِهما، أشْبَهَ البَيْعَ والشِّرَاءَ.

ينظر: المغني (٧/ ٢٠٦ - ٢٠٧).

زفر لا ينفرد، وجه قوله: أن الخصومة مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما، فلا يملكها أحدهما دون صاحبه.

وَجْهُ قول أصحابنا الثلاثة أن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه، واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالإعلام والاستماع؛ لأنَّ ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضاً للخصومة إلى كل واحد منهما، فأيهما خاصم كان تمثيلاً؛ إلا أنه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وإن كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا؛ لأَن اجتماعهما على القبض ممكن، فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده.

وأما المضاربان فلا يملك أحدهما التصرف بدون إذن صاحبه إجماعاً، وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا، نذكره في «كتاب الوصية»، والله تعالى أعلم.

الوكيل هل يملك الحقوق؟ جملة الكلام فيه أن الموكل به نوعان: نوعٌ لا حقوق له إلا ما أمر به الموكل؛ كالوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه؛ ونوعٌ له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه.

أما التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع إلى الوكيل، فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق.

والأَصلُ أَن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه، فحقوقه راجعة إلى العاقد كالبياعات والأَشربة والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع، فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه، ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك، والمالك كالأجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن.

ولو طالبه فأبىٰ لا يجبر على تسليم الثمن إليه، ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه، ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صَحَّ نهيه.

وَلَوْ نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غير أن المشتري إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ عن الثمن استحساناً؛ وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل.

وإذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع الثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثمن عليه؛ وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل.

وإذا أثبت الغيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل إن كان نقده الثمن، وَإِن كان نقده إلى الموكل أخذه منه؛ وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل، وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل، وَإِذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل.

ولو وجد بالمبيع عيباً إن كان المبيع في يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضا موكله.

وكذلك هذا في الإجارة والاستئجار وأخواتهما، وَكُلُّ عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح والطلاق على مال، والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد، والكتابة والصلح عن إنكار المدعى عليه ونحوه، فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه، والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً؛ حتى إن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر، وإنما يطالب به الزوج إلا إذا ضمن المهر، فحينئذٍ يطالب به لكن بحكم الضمان، ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر.

وَكَذَا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع إن كان وكيل الزوج، وإن كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع إلا بالضمان، وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد، وهذا الذي ذكرنا أن حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل مذهب علمائنا، وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل وإنما يرجع إلى الموكل.

وجه قوله أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه؛ ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل؛ فكذا حقوقه؛ لأن الحقوق تابعة للحكم، والحكم هو المتبوع، فإذا كان الأصل له فكذا التابع.

ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقةً، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، كما إذا تولى الموكل بنفسه، ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة، ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة؛ قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَىٰ﴾ [سورة النجم، ٣٩] وقال الله ـ عزَّ شأنه: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [سورة البقرة، ٢٨٦] وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً؛ لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل؛ لأَن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر فتعارض الشبهان، فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان، فعملنا بشبه الأمر والإنابة بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للوكيل؛ توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم، ولا يمكن الحكم بالعكس، وهو إثبات أصل الحكم للوكيل، وإثبات التوابع للموكل؛ لأَن الأَصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية؛ لأَنها

علة نفاذه؛ إذا لا ملك له، والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له؛ لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك، بل بولاية مستفادة من قبل الموكل، فَكَان إثبات أصل الحكم للموكل، وَإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة، وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه؛ بخلاف النكاح وأخواته؛ لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل، بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول.

أَلاَ ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه، بل إلى موكله فانعدمت النيابة فبقي سفيراً محضاً، فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه، ثم نقول إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة.

فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ بأن كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه، وتكون العهدة على الموكل لا عليه؛ لأَن ذلك من باب التبرع، والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة، فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات، ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور، سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية.

وَعَن أبي يوسف أنه إن كان عالماً فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار، إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه.

وجه قوله أن الرضا شرط جواز التجارة. وقد اختل الرضا؛ لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد؛ فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عَيْبٌ.

وَجْه ظاهر الرواية أَنَّ الجهل بالحجر ليس بعذر؛ لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي؛ لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعارض الرشد، فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار؛ كذا هذا، والله ـ تَعَالَىٰ ـ أعلم.

الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة ةالإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض، لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه؛ لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض، بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى، فكان حقوق العقد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول، بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته؛ لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً، على ما قررنا، فكانت الحقوق عائدة إليه.

وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل؛

وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا؛ وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق؛ لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنبي عنها، فملك توكيل غيره فيها.

ومنها: أَن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء. وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة؛ لأن يده نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القولُ قولَهُ في دفع الضمان عن نفسه.

ولو دفع إِليه مالاً وقال: اقضه فلاناً عن ديني، فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين فادفعه إِلي، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل؛ لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه، ولا يصدق على الغريم في إِبطال حقه، وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما؛ لأن لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر، فيحلف المكذب منهما دون المصدق، فإِن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله ـ عَزَّ وَجَلَّ ـ ما قبضه، فَإِنْ حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه، وَإِن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل.

وَإِن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله ـ تعالى ـ لقد دفعه إِليه، فإِن حلف برىءَ، وإِن نكل لزمه ما دفع إِليه.

وَكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إِلى فلان، فقال المودع: دفعت، وكذبه فلان، فهو على التفصيل الذي ذكرنا، ولو دفع المودع الوديعة إِلى رجل وادعى أنه قد دفعها إِليه بأمر صاحب الوديعة، وأنكر صاحب الوديعة الأمر، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك؛ لأَن المودع يدعي عليه الأمر وهو ينكر، والقولُ قولُ المنكر مع يمينه.

وَلَوْ كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم، فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إِلى فلان، فقال المأمور: قد دفعت إِليه، وقال فلان: ما قبضت، فالقولُ قولُ فلان أنه لم يقبض، ولا يصدق الوكيل على الدفع إِلاَّ ببينة أو بتصديق الموكل؛ لأَنَّ الضمان قد وجب عليه وهو يدعي الدفع إِلى فلان يريد إِبراء نفسه عن الضمان الواجب، فلا يصدق إِلا ببينة أو بتصديق الموكل، فإِن صدقه الموكل يبرأ أيضاً؛ لأَنه إِذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان، ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله؛ أنه لم يقبضه مع يمينه؛ لأَن قولهما حجة في حق أنفسهما لا في إِبطال حق الغير مع يمين الطالب؛ لأنه منكر للقبض، والقول قول المنكر مع يمينه.

ولو كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه، فإِنه يحلف على العلم بالله ـ تعالى ـ ما يعلم أنه دفع، فإِن حلف أخذ منه الضمان.

وَإن نكل سقط الضمان عنه، ولو أن الوكيل المدفوع إليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع إليه الموكل، جاز؛ لأَنه لو لم يدفع إليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه، جاز على الموكل؛ لأن الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب، والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه جاز، فهذا أولى، ولو لم يدفع إليه شيئاً ولكنه أمره بقضاء دينه، فقال الوكيل: قضيته، وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة أنه قد قضى صاحب الدين، قبلت بينته، وبرئ الموكل من الدين، ويَرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت حسًّا ومشاهدة.

وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله أن يرجع، وَلَوْ لَمْ تَكُنْ له بينة وكذبه الطالب والموكل، فالقول قولهما مع اليمين؛ لأَن الوكيل بدعوى القبض يريد إيجاب الضمان على الطالب؛ لأنه يريد إسقاط الدين عن الموكل، وذلك بطريق المقاصاة، وهو أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر.

وَكَذَا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه، فكان القول قولهما مع اليمين، أو يقال إن الوكيل بقوله «قضيت» يدعي على الطالب بيع دينه من الغريم، وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران، فكان القول قولهما مع اليمين، ويحلف الموكل على العلم؛ لأَنه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب.

وإن صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب، يصدق على الموكل دون الطالب؛ حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألفاً أخرى للطالب؛ لأَن الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره، وهو مصدق على نفسه في تصديقه، فثبت القضاء في حقه، فكان القول قوله مع يمينه؛ هكذا ذكر القدوري ـ رحمه الله.

وذكر في «الجامع» أن الوكيل لا يرجع على الموكل، وإن صدقه الموكل؛ لأَنَّ حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد؛ لأن الطالب منكر إلا أنا نقول إنكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه؛ لأَنه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل؛ لأنه مقر وإقرار كل مقر حجة في حقه، فكان الأَول أشبه.

ولو دفع إلى إنسان مالاً ليقضي دينه، فقضاه الموكل بنفسه، ثم قضاه الوكيل، فإنْ كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل، ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل، وَإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه، فهو ضامن؛ لأن الوكيل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل؛ إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه به، فإذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل، فصار متعدياً في الدفع، فيلزمه الضمان، وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي فلا ضمان عليه، وليس هذا كالوكيل يدفع الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل، أنه يضمن

الوكيل، علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ؛ لأن الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة، وأداء الزكاة هو إسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير، ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل، فبقي الدفع من الوكيل تعدياً محضاً، فكان مضموناً عليه.

فأما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا، والمدفوع إلى الطالب مقبوض عنه، والمقبوض بجهة الضمان مضمون؛ كالمقبوض على سوم الشراء؛ لكونه مقبوضاً بجهة القضاء، والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض، ويقال إن قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة، وهو نوع شراء الدين بالمال، والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري؛ بخلاف ما إذا دفعه على علمه بدفع الموكل؛ لأن هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء، فبقي تعدياً فيجب عليه ضمان التعدي، والقول قول الوكيل في أنه لم يعلم بدفع الموكل؛ لأن القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين.

وعلى هذا إذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه، وإذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

الوكيل ببيع العبد إذا قال: بعت وقبضت الثمن وهلك، هذا على وجهين. أما إن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه، فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل: بعته من هذا الوكيل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن في يدي، أو قال: دفعته إلى الموكل فهذا لا يخلو إما إن صدقه في ذلك أو كذبه، فإن كذبه بالبيع، أو صدقه بالبيع، وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيهما، وكذبه في الهلاك، فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل، ولا شيء على الوكيل؛ لأنه يهلك أمانة في يده، وإن كذبه في ذلك كله بأن كذبه بالبيع، أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن، فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حتى الموكل؛ لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه، والمشتري بالخيار: إن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع، وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده؛ وكذا ولو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك، فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا، ويجبر المشتري على ما ذكرنا، إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء؛ لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن، وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه، فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه؛ لأنه أمين ويجبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري؛ لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه إياه، ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل؛ لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصديقه، ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده.

هَذَا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل، فأما إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل: بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن، فهلك عندي، أو قال: دفعته إلى الموكل أو قال: قبض الموكل الثمن من المشتري، فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري، ويبرأ المشتري من الثمن وَلاَ يمين عليه.

أَمَّا إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكل؛ وكذا إذا كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن؛ لأن الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن، فلا يحلف ويحلف الوكيل، فإن حلف على ما يدعيه بريء من الثمن، وإن نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل، فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر قبض الثمن منه، والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري؛ لأن الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فإقرار الوكيل في حقه جائز، ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل، وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الموكل، فإن نكل رجع عليه بما ضمن.

ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه، فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيده، ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري، لا يرجع المشتري على الوكيل؛ لأنه لم يقبض منه الثمن، ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز، ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً، كان له أن يخاصم الوكيل، فإذا رد عليه بقضاء القاضي رجع عليه بالثمن إن أقر بقبض الثمن منه، وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن، ويكون البيع للموكل، وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يَرْجِعُ الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه، فإن نكل رجع عليه، وَإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد، فإن كان فيه فضل رده على الموكل، وَإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد.

ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على الوكيل؛ لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً؛ لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات، فإن نكل رجع عليه والمبيع له، وَإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه.

وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيعه في قولهما، وفي قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لا يبيعه، وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس، ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه؛ لأنه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة، فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه، وَإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم، فإن كان فيه فضل رده على الموكل، وَإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد.

ومنها: الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه مالاً ليقضي دينه منه، فقضاه من مال نفسه، يرجع بما قضى على الموكل؛ لأن الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه.

وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل؛ فكذا الوكيل بالشراء، وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر ليس له حبسه.

وجه قوله أن المبيع أمانة في يد الوكيل؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه، وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها؛ قال الله ـ تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [سورة النساء، ٥٨] فصار كالوديعة.

ولنا أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع، فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع من المشتري.

وإذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك، كان مضموناً عليه بلا خلافٍ بين أصحابنا، لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان.

قال أبو حنيفة ومحمد: يكون مضموناً ضمان البيع، وقال أبو يوسف: يكون مضموناً ضمانَ الرهن، وقال زفر: يكون مضموناً ضمان الغصب.

وجه قول زفر ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده، والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها، فإذا حبسها فقد صار غاصباً، والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ.

وجه قول أبي يوسف أن هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها، فكانت مضمونة بالأَقل من قيمتها ومن الدين كالرهن.

وجه قولهما: أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن، فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع، وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع سلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري، فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكاً، والله أعلم.

فصل [فيما يخرج به الوكيل عن الوكالة]

وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة، فنقول وبالله التوفيق: الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء.

ومنها: عزل الموكل إياه ونهيه؛ لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي[1]، ولصحة العزل شرطان:

أحدهما: علم الوكيل به؛ لأن العزل فسخ للعقد، فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ؛ فإذا عزله وهو حاضر انعزل؛ وكذا لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل، فبلغه الكتاب وعلم بما فيه، انعزل؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.

وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة، وقال: إن فلاناً أَرسلني إليك، ويقول: إني عزلتك عن الوكالة، فإنه ينعزل كائناً ما كان الرسول، عدلاً كان أو غير عدلٍ، حرًّا كان أو عبداً، صغيراً كان أو كبيراً، بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا؛ لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه، فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته؛ على أي صفة كان، وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولاً ولكن أخبره بالعزل رجلان، عدلان، كانا أو غير عدلين، أو رجل واحد عدل - ينعزل في قولهم جميعاً، سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه؛ إذا ظهر صدق الخبر؛ لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات، فإن لم يكن عدلاً فخبر العدلين أو العدل أَوْلَى، وَإن أخبره واحد غير عدل، فإن صدقه ينعزل بالإجماع، وَإن كذبه لا ينعزل، وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة، وعندهما ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه.

وجه قولهما أن الإخبار عن العزل من باب المعاملات، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار في سائر المعاملات.

وجه قول أبي حنيفة أن الإخبار عن العزل له شبه الشهادة، لأَن فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل، وهو لزوم الامتناع من التصرف، ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل، فأشبه الشهادة فيجب اعتبار أحد شروطها، وهو العدالة أو العدد.

وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عادل، فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر، فهو على شفعته عند أبي حنيفة، وعندهما بطلت شفعته.

وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم، ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أَن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى أعتقه، لا يصير المولى مختاراً للفداء عند أبي حنيفة، وعندهما يصير مختاراً للفداء.

---

(١) الوَكَالَةَ عَقْدٌ جائِزٌ من الطَّرَفَيْنِ، فَلِلْمُوَكِّلِ عَزْلُ وَكِيلِه متى شاءَ، ولِلْوَكِيلِ عَزْلُ نَفْسِه؛ لأنَّه إِذْنٌ في التَّصَرُّفِ، فكان لكلِّ واحدٍ منهما إِبْطَالُه، كما لو أَذِنَ في أَكْلِ طَعَامِهِ.
ينظر: المغني (٧/ ٢٤٣).

وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل، فلم يصدقه، لا يصير محجوراً عنده، وعندهما يصير محجوراً، وإن عزله الموكل وأشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل، ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بيناها.

وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن، فهلك الثمن في يد الوكيل، ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري ـ كان للمشتري أن يرجع بالثمن على الوكيل، ويرجع الوكيل على الموكل؛ كما قبل العزل سواء؛ لأن العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم.

والثاني: أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير، فأما إذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق؛ لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه، ولا سبيل إليه، وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه، وقبض ثمنه عند حل الأجل فعزل الراهن المسلط على البيع، لا يصح به عزله لما ذكرنا.

وكذلك إذا وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي فعزله المدعى عليه بغير حضره المدعي؛ لا ينعزل، لما ذكرنا.

واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته إن غاب، ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة، ثم غاب، قال بعضهم: لا يصح عزله؛ لأنه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة، فأشبه الوكيل بالخصومة.

وقال بعضهم: يصح عزله؛ لأنه غير مجبور على الاطلاق ولا على التوكيل به، وإنما فعله باختياره، فيملك عزله كما في سائر الوكالات، ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلي دمار كست هل يملك عزله؟

اختلف المشايخ: قال بعضهم إن كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك؛ لأنه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد أَلْحَقَ حكم هذا التوكيل بالأمر، ثم جعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها متى شاء، أو أمر عبده إلى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه.

وكذا إذا قال لرجل طلق امرأتي إن شئت، أو أعتق عبدي إن شئت لا يملك عزله؛ كذا هذا، وإن كان في البيع والشراء والإجارة والنكاح ونحوه يملك عزله، وقال بعضهم إنه يملك العزل في الكل؛ لأن الوكالة ليست بلازمة، بل هي إباحة وللمبيع حق المنع عن المباح.

ولو قال وقت التوكيل: كلما عزلتك فأنت وكيلي وكالة مستقبلة، فعزله ينعزل، ولكنه يصير وكيلاً ثانياً وكالة مستقبلة كما شرط؛ لأن تعليق الوكالة بالشرط جائز.

ولو قال الموكل للوكيل: كنت وكلتك وقلت لك: كلما عزلتك فأنت وكيلي فيه وقد عزلتك عن ذلك كله، لا يصير وكيلاً بعد ذلك إلا بتوكيل جديد؛ لأَن من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط.

وقال بعضهم في التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط، ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة، والأَول أصح لأَنه لما ملك العزل في المرسل، ففي المعلق أولى.

ومنها: موت الموكل؛ لأن التوكيل بأمر الموكل وقد بطلت أهلية الآمر بالموت، فتبطل الوكالة، علم الوكيل بموته أم لا.

ومنها: جنونه جنوناً مطبقاً؛ لأن الجنون المطبق مبطل لأهلية الآمر، واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق، فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر، ومحمد بما يستوعب الحول.

وجه قول محمد أن المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها، فكان التقدير به أولى.

وجه قول أبي يوسف أَن هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم، فكان التقدير به أَوْلى.

ومنها لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة، وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة، بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً، فإن أسلم الموكل نفذت.

وَإِن قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت، وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة، وَإِن كان الموكل امرأة فارتدت، فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب إِجماعاً؛ لأن ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها؛ لأنها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك.

ومنها: عجز الموكل والحجر عليه؛ بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل، وكذا إِذا وكل المأذون إِنساناً فحجر عليه؛ لأَنه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية آمره بالتصرف في المال، فيبطل الآمر فتبطل الوكالة.

ومنها موت الوكيل؛ لأن الموت مبطل لأهلية التصرف، ومنها جنونه المطبق[1] لما ذكرنا، وَإِن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً؛ لأن أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً، فإن عاد مسلماً زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً، وَإِن حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة؟ قال أبو يوسف: لا تعود، وقال محمد: تعود.

وجه قوله إن نفس الردة لا تنافي الوكالة؛ ألا ترى أنها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب إلا أنه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين، فإذا عاد زال المانع فيجوز.

ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة، فلم يبعه فيها خرج إلى البصرة، لا يملك بيعه بالبصرة، ثم عاد إلى الكوفة ملك بيعه فيها، كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف أن الوكالة عقد حكم يبطلانه بلحاقه بدار الحرب، فلا يحتمل العود كالنكاح.

وأما الموكل إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية.

وروي عن محمد أنها تعود، ووجهه أن بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل، فإذا عاد مسلماً عاد ملكه الأول فيعود بحقوقه.

وجه ظاهر الرواية أَن لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت، ولو مات لا يحتمل العود، فكذا إذا لحق بدار الحرب.

ومنها: أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل، نحو ما إذا وكله ببيع فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه، وكذا إذا استحق أو كان حر الأصل؛ لأن الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة؛ كما إذا هلك العبد، ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء، هل تعود الوكالة كما إذا هلك العبد؟ قال أبو يوسف: لا تعود، وقال محمد: تعود؛ لأن العائد بالفسخ عين الملك الأول فيعود بحقوقه.

وجه قول أبي يوسف إن تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل؛ لأنه أعجزه عن التصرف فيما وكله به، والوكيل بعد ما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بتجديد التوكيل. ولو وكله أن

---

(١) لا خِلاَفَ في هذا فمتى تَصَرَّفَ الوَكِيلُ بعدَ فَسْخِ المُوَكِّلِ، أو مَوْتِهِ، فهو باطِلٌ إذا عَلِمَ ذلك. فإن لم يَعْلَم الوَكِيلُ بالعَزْلِ، ولا مَوْتِ المُوَكِّلِ، فعن أحمدَ فيه رِوَايَتَانِ. ولِلشَّافِعِيِّ فيه قَوْلانِ.

ينظر: المغني (٧/ ٢٣٤).

يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين الهبة.

ووجه الفرق له لم يتضح، وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا إذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها، لأنه عجز عن تزويجها منه، فبطلت الوكالة.

وكذا إذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة، ففعل بنفسه؛ لما قلنا؛ وكذا إذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها؛ لأن المختلعة لا تحتمل الخلع؛ وكذا إذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة، فانقضت عدتها؛ لأنها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة؛ حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية، فالوكالة قائمة؛ لأنها تحتمل الطلاق في العدة، ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية؛ وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وأبانها، لم يكن للوكيل أن يزوجه مرة أخرى؛ لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، فإذا فعل مرة حصل الامتثال، فانتهى حكم الآمر كما في الأوامر الشرعية؛ بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض؛ أن له أن يبيعه ثانياً؛ لأنَّ الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الأصل ويجعله كأن لم يكن، فلم يكن هذا تكراراً، حتى لو رد عليه بغير قضاء قاض لم يجز له أن يبيعه؛ لأن هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالأول، فلا يملك الثاني إلا بتجديد التوكيل.

ومنها: هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو بإعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك؛ لأن التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محالٌ فبطل.

ثم هذا الأشياء التي ذكرنا له أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي ـ لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة، لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل، فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده، ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن ـ رجع الوكيل على الموكل.

وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حُرَّ الأصل، وفيما إذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل، والفرق أن الوكيل هناك وإن صار معزولاً بتصرف الموكل، لكنه صار مغروراً من جهته بترك إعلامه إياه، فصار كفيلاً له بما يلحقه من الضمان، فيرجع عليه بضمان الكفالة؛ إذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة، ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها، فهو الفرق، ولو وكله بقبض دين على رجل، ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك، فقبض الوكيل

المال فهلك في يده، كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل؛ لأنه قبضه بأمره، وقبض النائب كقبض المنوب عنه، فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه، ولو كان كذلك لرجع عليه؛ فكذا هذا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

كِتَابُ الصُّلْحِ[(١)]

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع: في بيان أنواع الصلح.

وفي بيان شرعية كل نوع.

وفي بيان ركن الصلح.

وفي بيان شرائط الركن.

وفي بيان حكم الصلح.

وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده.

وفي بيان حكمه إذا بطل أو لم يصح من الأصل.

أما الأول: فنقول وبالله التوفيق: الصلح في الأصل أنواع ثلاثة: صلح عن إقرار المدعى عليه، وصلح عن إنكاره، وصلح عن سكوته من غير إقرار ولا إنكار، وكل نوع من ذلك لا يخلو إما أن يكون بين المدعي والمدعى عليه، وإما أن يكون بين المدعي والأجنبي المتوسط؛

---

(١) الصُّلْحُ لغةً: اسم مصدر، لـ: صالحه مُصَالحة، وصِلاَحاً بكسر الصاد.

قال الجوهري: والاسم: الصُّلْحُ، يذكّر ويؤنّث، وقد اصطلحا وصَالَحَا واصّالحا مشدّد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها.

انظر: لسان العرب: ٤/ ٢٤٧٩.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفيّةُ بأنه: عَقْدٌ وُضِعَ لرفع المناصبة.

عرفه الشافعية بأنه: عَقْدٌ يحصل به قَطْعُ النزاع.

عرفه المالكية بأنه: انتقال عن حَقٍّ، أو دعوى بِعِوَضٍ لرفع نزاع، أو خوف وقوعه.

عرفه الحَنَابِلَةُ بأنه: مُعَاقَدَةٌ يتوصَّلُ بها إلى مُوَافَقَةٍ بين مختلفين.

انظر: شرح فتح القدير: ٨/ ٢٣، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٧٢، أسنى المطالب: ٢/ ٢١٤، مغني المحتاج: ٢/ ١٧٧، شرح منح الجليل: ٣/ ٢٠٠، مواهب الجليل: ٥/ ٨١، الشرح الصغير: ٤/ ٥٣٠، كشف القناع: ٣/ ٢٩، المغني: ٤/ ٥٢٧.

فإن كان بين المدعي والمدعى عليه، فَكُلُّ واحد من الأَنواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا.

وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن إقرار وسكوت لا غيرهما.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: المشروع هو الصلح عن إقرار لا غير.

وجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ إن جواز الصلح يستدعي حقّاً ثابتاً، ولم يوجد في موضع الإنكار والسكوت، أما في الإنكار فلأن الحق لو ثبت فإنما يثبت بالدعوى، وقد عارضها الإنكار فلا يثبت الحق عند التعارض، فأما في السكوت فلأن الساكت ينزل منكراً حكماً حتى تسمع عليه البينة، فكان إنكاره معارضاً لدعوى المدعي فلم يثبت الحق، ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة، فكان في معنى الرشوة.

ولنا ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [سورة النساء، ١٢٨] وصف الله تعالى ـ عَزَّ شأنه ـ جِنْسَ الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف الخيرية، فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما خُصَّ بدليل.

وعن سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: ردوا الخصومَ حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن[١]، أمر ـ رضي الله عنه ـ برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينكر عليه أحدٌ فيكون إجماعاً من الصحابة، فيكون حجة قاطعة؛ ولأن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الإنكار؛ إذ الإقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز؛ ولهذا قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ: أجوز ما يكون الصلح على الإنكار.

وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي ـ رحمه الله ـ ما صنع الشيطان من إيقاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي ـ رحمه الله ـ في إنكاره الصلح على الإنكار.

وقوله: إن الحق ليس بثابت، قلنا: هذا على الإطلاق ممنوعٌ، بل الحق ثابت في زعم المدعي وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً، فكان هذا صلحاً عن حق ثابت، فكان مشروعاً.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٦٦) كتاب الصلح، باب: «ما جاء في التحلل وما يحتج به من أجاز الصلح على الإنكار».

وعبد الرزاق في «مصنفه» (٨/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤) كتاب البيوع، باب: «هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا»، حديث (١٥٣٠٤).

فصل [في ركن الصلح]

وأما ركن الصلح، فالإِيجاب والقبول، وهو أن يقول المدعى عليه: صالحتك من كذا على كذا، أو من دعواك كذا على كذا، ويقول الآخر: قبلت، أو رضيت، أو ما يدل على قبوله ورضاه، فإذا وجد الإِيجاب والقبول، فقد تم عقد الصلح.

فصل [في شروط الركن]

وأما شرائط الركن فأنواع: بعضها يرجع إِلى المصالح، وبعضُها يرجع إِلى المصالح عليه، وبعضُها يرجع إِلى المصالح عنه.

أما الذي يرجع إِلى المصالح فأنواع:

منها أن يكون عاقلاً، وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها، فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل.

فأما البلوغ: فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون إِذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر[1]، بيان ذلك إِذا وجب للصبي المأذون على إِنسان دين فصالحه على بعض حقه، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح؛ لأن عند انعدام البينة لا حق له إِلا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما، وَإِن كان له عليه بينة لا يجوز الصلح؛ لأن الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز، سواء كانت له بينة أو لا، فرقاً بينه وبين الصلح؛ لأَن تأخير الدين من أعمال التجارة، والصبي المأذون في التجارات كالبالغ.

ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بأن يبيع بأجل فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً؛ بخلاف الحط؛ لأَنه ليس من التجارة، بل هو تبرع فلا يملكه إِلا أنه يملك حط بعض الثمن لأجل العيب؛ لأن حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب، فكان ذلك من باب التجارة فيملكه.

---

(١) يعني إذا ادعى الصبي المأذون على إنسان ديناً فصالحه على بعض حقه فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح إذ عند انعدامها لا حق له إلا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما وإن كانت لم تجز لأن الحط تبرع وهو لا يملكه وأن أخر الدين جاز سواء كان له بينة أو لا لأنه من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ.
ينظر درر الحكام من (٢/ ٣٩٥).

ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز؛ لأن الصلح من المسلم فيه على رأس المال إقالة للعقد، والإقالة من باب التجارة؛ وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز؛ لأن الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة.

ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز؛ لأن الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح، ولو ادعى إنسان عليه ديناً فأقر به فصالحه على أن حط عنه البعض، جاز؛ لأن إقرار الصبي المأذون بالدين صحيح، فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه، والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح.

وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون إذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة، إلا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة، ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لأجلِ العيب لما قلنا.

ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون؛ وكذلك لو ادعى على إنسان ديناً وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه، جاز؛ لأن إقرار العبد المأذون بالدين صحيح، فكان الحط من المدعي تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصح.

ولو حجر عليه المولى، ثم ادعى إنسان عليه ديناً فأقر به وهو محجور، ثم صالحه عنه على مال ضمنه بإقراره، فإن لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح، لأن إقرار المحجور لا ينفذ إذا لم يكن في يده مال، وإذا لم ينفذ لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال، ولكن يطالب به بعد العتق؛ لأن إقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله إلا أنه إذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى، فإذا عتق زال المانع فيظهر حينئذٍ؛ وأما إذا كان في يده مال فيجوز إقراره عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز.

وجه قولهما: أن هذا إقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر وإقرار المحجور غير صحيح.

وجه قول أبي حنيفة: أن إقرار المحجور إذا كان في يده مال صحيح؛ لأن العبد المحجور من أهل الإقرار، وإنما المانع من ظهوره حق المولى، فإذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى؛ لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في إقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه، ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك؛ بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال؛ لأن يد المولى ثابتة حقيقة والإقرار في نفسه محتمل، فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال.

وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا؛ لأَنه عبدٌ ما بَقي عليه درهم

على لسانِ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - فإن عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه، فإن لم يكن له عليه بينة لا يجوز؛ لأنه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه، وَإِن كانت له عليه بينة جاز؛ لأنه وإِن عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح.

ومنها: ألا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرّاً به مضرة ظاهرة؛ حتى أن من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير؛ فإن كان للمدعي بينة وما أعطي من المال مثل الحق المدعي أو زيادة يتغابن في مثلها، فالصلح جائز؛ لأن الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لإمكان الوصول إلى كل الحق بالبينة، والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير، وإن لم تكن له بينة لا يجوز؛ لأن عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير، وأنه ضرر محض فلا يملكه الأب.

ولو صالح من مال نفسه جاز؛ لأنه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه، ولو ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه وأخذ الباقي، فإن كان له عليه بينة لا يجوز؛ لأن الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك.

وَإِن صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء ونقص منه شيئاً يسيراً جاز؛ لأن الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع، وهو يملك البيع فيملك الصلح، وهل يملك الأَب الحط من دين وجب للصغير والإبراء عنه؟ هذا لا يخلو من أحد وجهين:

إما إن كان ولي ذلك العقد بنفسه، وَإِما إن لم يكن وليه، فَإِن لم يكن وليه لا يجوز بالإجماع؛ لأَن الحط والإبراء من باب التبرع، والأب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة.

وَإِن كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه، وقد ذكرناه في «كتاب الوكالة»، ولا يجوز صلح أحد على حمل، أباً كان المصالح أو غيره.

وَإِن خرج حَيّاً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا؛ لأنه لو صح عليه لكان لا يخلو إما أن يصح على اعتبار الحال، وَإِما أن يصح على اعتبار الانفصال، لا سبيل إلى الأول؛ لأن الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولياً عليه، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الصلح لا يحتمل الإضافة إلى الوقت ويملك الأب استيفاء القصاص في النفس وما دونها، ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس.

والفرق أَن استيفاء القصاص تصرف على نفس الصغير بالإحياء وتحصيل التشفي؛ قال

الله تعالى ـ عزَّ شأنه ـ: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [سورة البقرة، ١٧٩] وكذا منفعة التشفي راجعة إلى نفسه، وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها، ولهذا ملك إنكاحه دون الوصي، إلا أنه يملك القصاص فيما دون النفس؛ لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال لشبهه بالأموال.

أَلا ترى أن القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد، ولا بين طرف الذكر والأنثى مع جريان القصاص بينهم في الأنفس، ويستوفي القصاص فيما دون النفس في الحر كما يستوفي في سائر الحقوق المالية فيه، ولا يستوفي القصاص في النفس فيه ويقضي بالنكول في الأَطراف كما يقضي به في الأَموال عند أبي حنيفة، ولا يقضي به في الأنفس وله ولاية التصرف في الحال والمآل فيلي التصرف فيما دون النفس، ويملك الأب الصلح عن القصاص في النفس وما دونه؛ لأنه لما ملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى؛ لأَنه أنفع من الاستيفاء.

وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس؛ لأَنه يملك الاستيفاء فيما دون النفس، فكذا الصلح عنه لأنه أنفع؛ وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس، ذكر في «كتاب الصلح» أنه لا يملك.

وذكر في «الجامع الصغير» أنه يملك؛ وكذا روى القدوري ـ رحمه الله ـ، فعل رواية الجامع يحتاج إلى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح، ووجه الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي، ولا ولاية له على نفسه، فلا يملك الاستيفاء، فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال، وأنه فرق واضح.

وجه رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص، فإذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه، ولو صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز؛ لأن الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم، والحط القليل والكثير سواء؛ بخلاف الغبن اليسير في البيع أنهما يملكانه.

والفرق أن الحط نقصان متحققٌ؛ لأَن الدية مقدرة بمقدار معلوم، فالنقصان عنه متحقق وإن قل، والنقصان في البيع غير متحقق؛ لأَن العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين، فإذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان.

ومنها: أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب والجد والوصي؛ لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه.

ومنها: أن لا يكون مرتداً عند أبي حنيفة، وعندهما صلحة نافذ؛ بناء على أن تصرفات

المرتد موقوفة عنده، وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض، وعند أبي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس، والمسألة تعرف في موضعها، إن شاء الله تعالى.

وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلافٍ؛ لأن حكمها حكم الحربية إلا أنها إذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك، بطل بعضه دون بعض؛ كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب.

فصل [في الشروط التي ترجع إلى المصالح عليه]

وأما الشرائط التي ترجع إلى المصالح عليه فأنواع:

منها: أن يكون مالاً، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم، وكل ما ليس لمال؛ لأن في الصلح معنى المعاوضة، فما لا يصلح عوضاً في البياعات لا يصلح بدل الصلح[1].

وكذا إذا صالح على عبد، فإذا هو حر لا يصح الصلح؛ لأنه تبين أن الصلح لم يصادف محله، وسواء كان المال عيناً أو ديناً أو منفعةً ليست بعينٍ ولا دينٍ؛ لأن العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عيناً وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعة إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعضٍ.

وجملة الكلام فيه أن المدعي لا يخلو من أحد وجوه: إما أن يكون عيناً؛ وهو ما يحتمل التعيين مطلقاً جنساً ونوعاً وقدراً وصفةً واستحقاقاً؛ كالعروض من الثياب والعقار من الأرضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد.

وَإما أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف.

وَإما أن يكون منفعة، وَإما أن يكون حَقّاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة، وبدل الصلح، لا يخلو من أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة، والصلح لا يخلو من أن يكون عن إقرار المدعى

---

(١) الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها روما لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم ونحو ذلك لأن في الصلح معنى المعاوضة فيما لا يصلح للعوض في البيع لا يصلح عوضه في الصلح.
ينظر درر الحكام من (٢/ ٣٩٦).

عليه أو عن إنكاره[١] أو عن سكوته، فإن كان المدعي عيناً فصالح منها عن إقرار يجوز، سواء كان بدل الصلح عيناً أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة، إلا الحيوان وإلا الثياب إلا بجميع شرائط السلم؛ لأن هذا الصلح من الجانبين جميعاً في معنى البيع، فكان بدل الصلح في معنى الثمن، وهذه الأشياء تصلح ثمناً في البياعات، عيناً كانت أو ديناً، إلا الحيوان؛ لأنه يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال أصلاً.

والثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والأجل، والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقاً في المعاوضة المطلقة من غير أجل، ولا يشترط قبضه في المجلس؛ لأنه ليس بصرفٍ، ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين، بل هو افتراق عن عينٍ بعينٍ، أو عين بدينٍ، وكل ذلك جائز وَإن كان ديناً، فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين: إما أن صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها، فإن صالح منها على خلاف جنسها، فإن صالح منها عى عين جاز؛ لأن الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وأنه جائز ولا يشترط القبض.

وَإن صالح منها على دين سواه لا يجوز؛ لأنه بائع ما ليس عنده؛ لأن الدراهم والدنانير أثمان أبداً، وما وقع عليه الصلح مبيع، فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وأنه منهي عنه.

وَإن صالح منها على جنسها؛ فإن صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن صالح على مثل حقه، وإما أن صالح على أقل من حقه، وَإما أن صالح على أكثر من حقه، فإن صالح على مثل حقه قدراً ووصفاً بأن صالح من ألف جياد على ألف جياد، فلا شك في جوازه، ولا يشترط القبض؛ لأن هذا استيفاء عين حقه أصلاً ووصفاً.

ولو صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً بأنْ صالح من الألف الجياد على خمسمائة **نبهرجة**[٢]، يجوز أيضاً، ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلاً والإبراء عن الباقي أصلاً ووصفاً؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن.

ولو حمل على المعاوضة يؤدي إلى الربا لأنه يصير بائعاً ألفاً بخمسمائة، وأنه رباً، فيحمل على استيفاء بعض الحق والإبراء عن الباقي، ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلاً؛ لأن جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفاً.

---

(١) وكل ذلك جائز لقوله تعالى ﴿والصلح خير﴾ «خير» عرفه بالألف واللام فالظاهر العموم.

(٢) نبهرجة: الزيف الرديء. ترتيب القاموس (نبهرج)

وكذلك إن صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً؛ بأن صالح عن ألف جياد على ألف **نبهرجة**، أو صالح على أقل من حقه قدراً لا وصفاً؛ بأن صالح من ألف جياد على خمسمائة جيدة، يجوز؛ ويحمل على استيفاء البعض، والحط والإِبراء والتجوز بدون الحق أصلاً ووصفاً يجوز من غير قبض ومؤجلاً.

ولو صالح على أكثر من حقه قدراً ووصفاً؛ بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف وخمسمائة جياد، أو صالح على أكثر من حقه قدراً لا وصفاً؛ بأن صالح من ألف جياد على ألف وخمسمائة نبهرجة؛ لا يجوز؛ لأنه رباً؛ لأنه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض وإِسقاط الباقي، وإن صالح على أكثر من حقه وصفاً لا قدراً بأنْ صالح من ألف نبهرجة على ألف جياد، جاز، ويشترط الحلول أو التقابض، حتى كان الصلح مؤجلاً إِن لم يقبض في المجلس يبطل؛ لأنه صرف، وأما إذا صالح على أكثر من حقه وصفاً وأقل منه قدراً؛ بأن صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر، وكان يقول أولاً: لا يجوز، ثم رجع.

وجه قوله الأول أَن هذا حط بعض حقه؛ وهو خمسمائة نبهرجة فيبقى عليه خمسمائة نبهرجة، إلا أنه أحسن في القضاء بخمسمائة جيدة، فلا يمنع عنه؛ حتى إِنه لو امتنع لا يكون عليه إِلا خمسمائة نبهرجة.

وجه ظاهر الرواية أَن الصلح من الألف النبهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة، وهذا لا يجوز؛ لأن الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها؛ لقوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ**»[1] فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعاً، والساقط شرعاً والعدم الأصلي سواء؛ ولأن الصلح على هذا الوجه لا يخلو إِما أن يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل إِلى الأول؛ لأن حقه في الرديء لا في الجيد، فيحمل على المعاوضة فيصير بائعاً ألف نبهرجة بخمسمائة جيدة، فيكون رباً؛ وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير؛ كحكم الدراهم في جميع ما ذكرنا، ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم، جاز، ويشترط القبض في المجلس لأنه صرف.

ولو ادعى ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إِلى شهر جاز، وطريق جوازه بأن يجعل حطاً لا معاوضة؛ لأنه لو جعل معاوضة لبطل لأنه يصير بعض المائة عوضاً عن الدنانير والبعض عوضاً عن الدراهم، فيصير بائعاً تسعمائة بخمسين فيكون رباً، وأمور

(١) تقدم.

المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن، وأمكن أن يجعل حطاً للدنانير أصلاً وبعض الدراهم وذلك تسعمائة، وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر؛ وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة، جاز، وطريق جوازه أن يجعل حطّاً وإسقاطاً للكر لا معاوضة؛ لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز، ولو كان المالان عليه لرجل لأحدهما دراهم والآخر دنانير، فصالحه على مائة درهم، جاز، وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطّاً وإسقاطاً في حق الآخر، وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدنانير، فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضاً عنها، فيكون صرفاً، فيراعي فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضاً؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وَإبراء عن الباقي.

والأَصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي، ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة؛ لأنه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والإبراء عن الباقي؛ لأن استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة، فما جازت به المعاوضات؛ يجوز هذا؛ وما فسدت به تلك يفسد به هذا، وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل.

وعلى هذا إذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة، جاز، ويعتبر حطّاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجوزاً بدون من حقه لا معاوضة.

ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا أَنه يجوز ويعتبر استيفاء لبضع حقه وإبراء عن الباقي، وأما إذا صالح على خمسمائة أن يعطيها إياه، فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أَن وقت لأداء الخمسمائة وقتاً، وإما أَن لم يؤقت، فإن لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطّاً للخمسمائة؛ لأن هذا الشرط لا يفيد شيئاً لم يكن من قبل.

ألا ترى أَنه لو لم يذكر للزمه الإعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة، وكذلك الحط على هذا بأن قال للغريم: حططتُ عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة؛ لما بينا.

وَإن وقت بأن قال: صالحتك على خمسمائة على أن تعطنيها اليوم، أو على أن تعجلها اليوم فأما إن اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم، وأما إن نص عليه فقال: فإن لم تعطني اليوم، أو أن لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك، فإن نص عليه فإن أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرىء عن خمسمائة، وَإن لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلافٍ، وكذلك الحط على هذا.

وأما إذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم، فإن أعطاه في اليوم برىء عن خمسمائة بالإجماع، وأما إذا لم يعطه حتى مضى اليوم، بطل الصلح، والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط.

وجه قوله أَن شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل، لأن التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد، فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة، ولو سكت عنه لكان الأمر على ما وصفنا؛ فكذا هذا؛ بخلاف ما إذا قال: فإن لم تفعل فكذا؛ لأن التنصيص على عدم الشرط نفي للمشروط عند عدمه، فكان مفيداً.

وجه قولهما: أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه، بدلالة حال تصرف العاقل؛ لأَن العاقل يقصد بتصرفه الإِفادة دون اللغو واللعب والعبث، ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا؛ لأن التعجيل ثابت بدونه، فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً؛ لانفساخ العقد عند عدم التعجيل، فصار كأنه نص على هذا الشرط، فقال: فإن لم تعجل فلا صلح بيننا، ولو كان كذلك لكان الأَمر على ما نص عليه؛ فكذا هذا.

وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد، كما إذ باع بألف على أن ينقد الثمن إِلى ثلاثة أيام، فإن لم ينقده فلا بيع بينهما، وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد، فكذا هذا.

وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه إِن لم يوفه خمسمائة إِلى رأس الشهر، فعليه كل المال، وهو الألف، فهو جائز والأَلف لازمة للكفيل إِن لم يوفه؛ لأنه جعل عدم إِيفاء الخمسمائة إِلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف، فإذا وجد الشرط ثبت المشروط، ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال: حططت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة، فإن لم تفعل فالأَلف عليك، فهذا أوثق من الباب الأَول؛ لأن هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل، وهو إيفاء الخمسمائة رأس الشهر، وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لانفساخ الحط، وفي الباب الأول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف، والفسخ للشرط أقبل من العقد؛ لذلك كان الثاني أوثق من الأول.

وكذلك لو جعل المال نجوماً بكفيل أو بغير كفيل، وشرط أنه إِن لم يوفه كل نجم عند محله، فالمال حال عليه، فهو جائز على ما شرط؛ لأنه جعل الإخلال بنجم شرطاً لحلول كل المال عليه، وأنه صحيح.

ولو كان له عليه ألف فقال: أَدِّ إليَّ من الأَلف خمسمائة غداً؛ على أنك بريء من الباقي، فإن أَدّىٰ إِليه خمسمائة غداً يبرأ من الباقي إِجماعاً، وَإِن لم يؤد فعليه الألف عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف ليس عليه إلا خمسمائة، وقد مرت المسألة.

ولو قال: إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي، أو قال: متى أديت فأدى إليه خمسمائة لا يبرئ عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه، وكذلك إذا قال لمكاتبه ذلك فأدى خمسمائة، لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه؛ لأن هذا تعليق البراءة بالشرط، وأنه باطل؛ بخلاف ما إذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الأَمر؛ لأن ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على ما مرَّ.

ولو قال لمكاتبه: إن أديت إلي خمسمائة فأنت حُرٌّ، فأدى خمسمائة عتق؛ لأن هذا تعليق العتق بالشرط، وذلك في حق المكاتب صحيح، ولو كان له على إنسان ألف مؤجلة فصالح منها، فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أن صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه، وكل ذلك لا يخلو من أن يشترط التعجيل أو لم يشترط، فإن صالح على أقل من حقه قدراً أو وصفاً، أو قدراً ووصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح، جاز، ويكون حطّاً وتجوزاً بدون حقه، وله أن يأخذ الباقي بعد حل الأَجل.

وإن شرط التعجيل، فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الأجل؛ لأن فيه معاوضة الأجل وهو التعجيل بالحط، وهذا لا يجوز لأن الأجل ليس بمال.

وَإن صالح على تمام حقه جاز، وَإن شرط التعجيل، فإن صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس؛ وكذلك حكم الدنانير على هذا، ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك، فإن كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح، فإن صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة؛ جاز الصلح؛ لأن الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى؛ كذا الاستهلاك تحقيقاً للمماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان، فإذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أيٍّ وصف كان.

وَإن صالح على غير الدراهم والدنانير؛ إن كان عيناً جاز، ولا يشترط القبض، وَإن كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً، لكن القبض في المجلس شرط، ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك، فإن كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر، فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كر الحنطة، فنقول وبالله التوفيق: إذا كان المدعي ديناً سوى الدراهم والدنانير، فإن كان مكيلاً بأن كان كر حنطة مثلاً، فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين:

إما أَن صالح على جنسه أو على خلاف جنسه، فإن صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أَن صالح على مثل حقه، وإما على أقل منه، وَإما أن صالح على أكثر منه، فإن صالح على مثل حقه قدراً ووصفاً جاز، ولا يشترط القبض؛ لأنه استوفى عين حقه.

وَإن صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً جاز، ويكون حطّاً لا معاوضة؛ لما ذكرنا في الدراهم، ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً.

وَإن صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً جاز أيضاً، ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وإبراء له عن الصفة، فلا يشترط للقبض، ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه، ولو صالح على أكثر من حقه قدراً ووصفاً أو قدراً لا وصفاً لا يجوز؛ لأنه رباً.

وَإن صالح على أكثر منه وصفاً لا قدراً بأن صالح من كر رديء على كر جيد جاز، ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين، ولو صالح منه على كر مؤجل جاز؛ لأنَه حط حقه في الحلول ورضي بدون حقه؛ كما في الدراهم والدنانير.

هذا إذا كان أثر الدين حالاً، فإن كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه، فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الصلح من الألف المؤجلة من غير تفاوت، هذا إذا صالح من الكر على جنسه، فإن صالح على خلاف جنس حقه، فإن كان الكر الذي عليه سلماً لا يجوز بحال؛ لأن الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة، وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه، إلا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز؛ لأن الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون إقالة للسلم وفسخاً له، وذلك جائز، وَإن لم يكن سلماً فصالح على خلاف جنس حقه، فإن كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز، ويشترط القبض، وَإن كان معيناً مشاراً إليه؛ لأنها لا تتعين بالتعيين، فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين، وَإن كان ذلك من المكيلات وهو عين، جاز ولا يشترط القبض.

وَإن كان موصوفاً في الذمة جاز أيضاً، فرق بين هذا وبين ما إذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة؛ أنه لا يجوز لأن ذلك مبيع.

ألا ترى أنه قُوبل بالأثمان والمبيع ما يقابل بالثمن، وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعاً إلا أنه لا بد من القبض في المجلس احترازاً من الافتراق عن دين بدين، وَإن كان من العروض والحيوان، فإن كان عيناً جاز، وَإن كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة إذا أتى بشرائط السلم، لكن القبض في المجلس شرط احترازاً عن الافتراق عن دين بدين، ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال؛ لأنه لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال؛ وكذلك إذا كان المدعي موزوناً ديناً موصوفاً في الذمة، فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه، إلى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف.

هذا إذا كان المدعي مكيلاً أو موزوناً ديناً موصوفاً في الذمة، فإن كان ثوب السلم فصالح منه، فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أَن صالح منه على جنسه، وَإما أَن صالح منه على

منه، فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أن صالح منه على جنسه، وإما أن صالح منه على خلاف جنسه، فإن صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه: إما أن صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل، فإن صالح على مثل حقه قدراً ووصفاً، فإن صالح من ثوب هروي جيد على ثوب هروي جيد، جاز، ولا يشترط القبض؛ لأنه استوفى عين حقه.

وكذلك إن صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً أو وصفاً لا قدراً، يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه، وحطّاً للباقي وإبراء عنه أصلاً ووصفاً، والإبراء عن المسلم فيه صحيح؛ لأن قبضه ليس بواجب.

وإن صالح على أقل من حقه قدراً لا وصفاً بأنْ صالح من ثوب رديء على نصف ثوب جيد، جاز؛ بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين؛ بأن صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد، أو صالح من كر رديء على نصف كر جيد، أو صالح من حديد رديء على نصف من جيد؛ أنه لا يجوز.

والفرق أن المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز؛ لأن الجودة في غير الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة؛ بخلاف الأموال الربوية، وهذا لأن الأصل أن تكون الجودة متقومة في الأموال كلها؛ لأنها صفة مرغوبة ببذل العوض في مقابلتها إلا أن الشرع أسقط اعتبارها في الأموال الربوية تعبداً بقوله: «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ»، فبقيت متقومة في غيرها على الأصل، فيصح الاعتياض عنها.

وإن صالح على أكثر من حقه قدراً ووصفاً؛ بأن صالح من ثوب هروي جيد على ثوبين هرويين جيدين؛ يجوز لكن يشترط القبض؛ لأن جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء، فلا بد من القبض لئلا يؤدي إلى الربا.

وكذلك إن صالح على أكثر من حقه قدراً لا وصفاً؛ بأن صالح عن ثوب هروي جيد على ثوبين هروين رديئين، جاز، والقبض شرط لما ذكرنا، ولو صالح على أكثر من حقه وصفاً لا قدراً؛ بأن صالح من ثوب رديء على ثوب جيد، جاز؛ لأنه معاوضة؛ إذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق؛ لأن الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة، ويشترط القبض لئلا يؤدي إلى الربا.

وإن صالح على خلاف جنس حقه كائناً ما كان لا يجوز، ديناً كان أو عيناً؛ لأن فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض، وأنه لا يجوز إلا على رأس مال السلم؛ لأن الصلح عليه يكون إقالة وفسخاً لا استبدالاً.

وَإن كان المدعي حيواناً موصوفاً في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد، فصالح، فنقول الجملة فيه أن هذا في الأصل لا يخلو من وجهين، إما أن صالح على ما هو مفروض في باب الدية في الجملة، وإما أن صالح على ما ليس بمفروض في الباب أصلاً.

وكل ذلك لا يخلو إما أن صالح قبل تعيين القاضي نوعاً من الأنواع المفروضة، أو بعد تعيينه نوعاً منها، فإن صالح على المفروض قبل تعيين القاضي بأن صالح على عشرة آلاف درهم، أو على ألف دينار، أو على مائة من الإبل، أو على مائة بقرة، أو على ألفي شاة، أو على مائتي حلة ـ جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الأنواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضي، فيجوز ويكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل.

وكذا إذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وإبراء عن الباقي، وَإن صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لأنه ربا، ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً منها، فإن صالح على جنس حقه المعين، جاز إذا كان مثله أو أقل منه، وإن كان أكثر لا يجوز؛ لأنه ربا، وإن صالح على خلاف الجنس المعين؛ فإن كان من جنس المفروض في الجملة بأن عين القاضي مائة من الإبل فصالح على مائة من البقر، أو أكثر، جاز وتكون معاوضة؛ لأن الإبل تعينت واجبة بتعيين القاضي، فلم يبق غيره واجباً، فكانت البقر بدلاً عن الواجب في الذمة، فكانت معاوضة، ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدين؛ وكذلك إذا كان من خلاف جنس المفروض؛ بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير، جاز، ويكون معاوضة، ويشترط التقابض لما قلنا.

ولو صالح على قيمة الإبل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه، جاز؛ لأن قيمة الإبل دراهم ودنانير وأنها ليست من جنس الإبل، فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز، قل أو أكثر، ولا يشترط القبض.

وَكَذَلك إذا صالح من الإبل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض، جاز، وَإن كان هذا افتراقاً عن دين بدين؛ لأن هذا المعنى ليس بمعاوضة، بل هو استيفاء عين حقه؛ لأن الحيوان الواجب في الذمة وإن كان ديناً لكنه ليس بدين لازم؛ ألا ترى أن من عليه إذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون، فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة.

هذا إذا قضى عليه القاضي بالإبل، فإن قضى عليه بالدراهم والدنانير، فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده؛ لا يجوز؛ لأن ما يقابل هذه الأشياء

دراهم أو دنانير، وأَنها أثمان فتتعين هذه مبيعة، وبيع المبيع الذي ليس بمعين لا يجوز إلا بطريق السلم.

هذا إذا صالح على المفروض في باب الدية، فأما إذا صالح على ما ليس بمفروض أصلاً كالمكيل والموزون، سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي، جاز، وإن كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط؛ لأنه معاوضة، فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا.

وإن كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من التفصيل؛ وكذلك حكم الصلح عن إنكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن إقراره في جميع ما وصفنا، هذا الذي ذكرنا إذا كان بدل الصلح مالاً عيناً أو ديناً، فأما إذا كان منفعه بأن صالح على خدمة عبد بعينه، أو ركوب دابة بعينها، أو على زراعة أرض، أو سكنى دار وقتاً معلوماً ـ جاز الصلح، ويكون في معنى الإجارة، سواء كان الصلح عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد، أما في موضع الإقرار فظاهر؛ لأن بدل الصلح عوض عن المدعي، وكذا في موضع الإنكار في جانب المدعي وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين.

وكذا في السكوت لأن الساكت منكر حكماً، سواء كان المدعي عيناً أو ديناً، لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في سائر الإجارات، وإن كان المدعي منفعة، فإن كانت المنفعتان من جنسين مختلفين، كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد، يجوز بالإجماع، وَإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا، وأصل المسألة في «كتاب الإجارات».

وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما تصح به الإجارات، ويفسد بما تفسد به، ولصاحب العبد أن يعتقه لأن صحة الإعتاق يقف على قيام ملك الرقبة، وأَنه قائم، فأشبه إعتاق المستأجر والمرهون، وليس له أن يبيعه؛ لأن جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد، فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون، وله أن يؤاجره من غيره؛ لأن منفعته صارت مملوكة له بالصلح، فإن شاء استوفاه بنفسه، وإن شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر، وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة الصلح عند أبي يوسف، ولا يبطل الصلح كما لو آجره من غيره، وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر في مدة الإجارة، وأَنه لا يجوز بالإجماع، وتبطل الإجارة الأولى ولا يجب على المستأجر شيء من الأجرة؛ كذا هذا، وله أن يسافر به.

وذكر في الإِجارة أن من استأجر عبداً للخدمة، لم يكن له أن يسافر به؛ للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر، والفرق أن المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة إلحاق الضرر بالآجر؛ لأن مؤنة الرد في باب الإِجارة عليه، وربما يلزمه برده مؤنة تزيد على الأجرة فيتضرر به، فلم يملك المسافرة به دفعاً للضرر عنه، وهذا المعنى ههنا منعدم؛ لأن مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد، فأشبه العبد الموصي بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به، كذا هذا.

ولو ادعى على رجل داراً في يده، فأنكر المدعى عليه، فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها إلى المدعي، جاز؛ لأن المدعي منصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنه، والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة، فكان كل واحد منهما منصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز.

ومنها بأن يكون متقوماً فلا يصح الصلح على الخمر والخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال متقوم في حقه، وكذا إذا صالح على دن من خل، فإِذا هو خمر لم يصح لأنه تبين أنه لم يصادف محله.

ومنها: أن يكون مملوكاً للمصالح حتى أنه إذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح؛ لأنه تبين أنه ليس مملوكاً للمصالح، فتبين أن الصالح لم يصح.

ومنها: أن يكون معلوماً؛ لأن جهاله البدل تؤدي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد إلا إذا كان شيئاً لا يفتقر إِلى القبض والتسليم؛ كما إِذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقًّا، ثم تصالحا على أن جعل كل واحد منهما ما ادعاء على صاحبه صلحاً مما ادعاه عليه صاحبه ـ يصح الصلح، وإِن كان مجهولاً؛ لأن جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لإِفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإِذا كان مالاً يستغني عن التسليم لا يفضي إِلى المنازعة فلا يمنع الجواز، إِلا أن الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البدل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والإِعتاق على مال والكتابة؛ لما علم.

ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته، أو على أن يحمل كذا وكذا جذعاً على هذا الحائط، وعلى أن يسيل ميزابه في داره أياماً معلومة، لا يجوز؛ لأن ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر إِلى القبض والتسليم، فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها، فلا يصح الصلح عليها، والأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه، وما لا فلا.

فصل [فيما يرجع إلى المصالح عنه]

وأما الذي يرجع إلى المصالح عنه فأنواع:

أحدها: أن يكون حق العبد لا حق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ سواء كان مالاً عيناً أو ديناً، أو حقًّا ليس بمال عين ولا دين، حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر؛ بأن أخذ زانياً أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال؛ أن لا يرفعه إلى ولي الأَمر؛ لأَنه حق الله ـ تعالى ـ جلَّ شأنه.

ولا يجوز الصلح من حقوق الله ـ تعالى عزَّ شأنه ـ لأَن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه، إِما باستيفاء كل حقه، أو باستيفاء البعض وإِسقاط الباقي، أو بالمعاوضة، وكل ذلك لا يجوز في غير حقه.

وكذا إِذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه؛ لأَنه وَإِن كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى، والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً، فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقًّا لله ـ تعالى عَزَّ وجَلَّ ـ، وأَنها لا تحتمل الصلح؛ كذا هذا.

وكذلك لو صالح شاهداً يريد أن يشهد عليه على مال؛ على أن لا يشهد عليه، فهو باطلٌ؛ لأَن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقًّا لله ـ تعالى عَزَّ شأنه ـ قال الله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [سورة الطلاق، ٢] والصلح عن حقوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ باطل، ويجب عليه رد ما أخذ؛ لأَنه أخذه بغير حق.

ولو علم القاضي به أبطل شهادته، لأَنه فسق إِلا أن يحدث توبة فتقبل، ويجوز الصلح عن التعزير؛ لأَنه حق العبد؛ وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه؛ لأن القصاص من حق العبد، سواء كان البدن عيناً أو ديناً، إِلا إذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدين، وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة، حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروي، جاز؛ لأن الجهالة قلَّتْ ببيان النوع؛ لأن مطلق العبد يقع على عبد وسط، ومطلق الثوب الهروي يَقَعُ على الوسط منه، فنقل الجهالة، فيصح الصلح وله الخيار إن شاء أعطى الوسط من ذلك، وإِن شاء أعطى قيمته، كما في النكاح؛ فأما إذا صالح على ثوب أو دابة أو دار، لا يجوز؛ لأن الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة، وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز.

وكذا جهالة الدور لاختلاف الأَماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز؛ كما في باب النكاح.

والأصل أن كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من

القصاص، ومالا فلا؛ لأَن ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلاً عما ليس بمال، والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها.

ألا ترى أن الشرع ورد بمهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر، وإنما يمنع منها لإفضائها إلى المنازعة، ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالإنسان يسامح بنفسه ما لا يسامح بماله عادةً، فلا يكون القليل من الجهالة مقضياً إلى المنازعة، فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع؛ لأن مبناه على المماكسة والمضايقة؛ لكونه معاوضة مال بمال، والإنسان يضايق بماله ما لا يضايق بنفسه، فهو الفرق، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

وَإذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل، يسقط القصاص وتجب الدية، وفي النكاح يجب مهر المثل إلا أن بينهما فرقاً من وجه؛ فإنه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر، ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية، ويجب مهر المثل.

وجه الفرق أن الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز؛ لأن العفو الفضل، وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه، وبعد العفو لا يجب شيء آخر، فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو.

ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح، فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل؛ كما إذا سكت عن المهر أصلاً فهو الفرق، وسواء كان البدل قدر الدية أو أقل أو أكثر؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة، ١٧٨] وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ﴾، أي: أعطي له؛ كذا، روي عن عبد الله بن عباس[1] ـ رضي الله عنهما ـ.

وقوله ـ عزَّ شأنه ـ: ﴿فاتباع بالمعروف﴾، أي: فليتبع، مصدر بمعنى الأمر، فقد أمر الله ـ تبارك وتعالى ـ الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطي له شيء، واسم الشيء يتناول القليل والكثير، فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير، وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد؛ أنه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز.

والفرق أن بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية، وأنها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه، فالزيادة على المقدر تكون رباً، فأما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص، والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر، فلا يتحقق الربا، فهو الفرق.

---

(١) ذكره السيوطي بنحوه في «الدر المنثور» (١/ ٣١٦) وعزاه إلى ابن أبي حاتم.

وأما كون المصالح عنه معلوماً، فليس بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى على آخر حقًّا في عين، فأقر به المدعى عليه أو أنكر، فصالح على مال معلوم؛ جاز؛ لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإِسقاط، ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين، فيصحح بطريق الإِسقاط فلا يؤدي إِلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض؛ لأن الساقط لا يحتمل ذلك، وقد مر أن الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح.

والثاني: أن يكون حق المصالح، والثالث: أن يكون حَقًّا ثابتاً له في المحل، فما لا يكون حَقًّا له أو لا يكون حقًّا ثابتاً له في المحل لا يجوز الصلح عنه، حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيًّا في يده أنه ابنه منها، وجحد الرجل، فصالحت عن النسب على شيء، فالصلح باطل؛ لأن النسب حق الصبي لا حقها، فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها؛ ولأن الصلح إِما إِسقاط أو معاوضة، والنسب لا يحتملهما.

ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري، فالصلح باطل؛ لأنه لا حق للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل، بل هو عبارة عن الولاية، وأنها صفة الوالي، فلا يحتمل الصلح عنه؛ بخلاف الصلح عن القصاص؛ لأن هناك المحل يصير مملوكاً في حق الاستيفاء، فكان الحق ثابتاً في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح، فهو الفرق.

وكذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة، فالصلح باطلٌ؛ لأَن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفسِ حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه، وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وأَنها صفة الوالي، فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة، وهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان:

في رواية لا تبطل؛ لأَنه ما رضي بسقوط حقه إِلا بعوض ولم يسلم له، فلا يسقط حقه، وفي رواية يسقط؛ لأن الإِبراء لا تقف صحته على العوض فيصح، وإِن لم يسلم العوض، فإِذا صح أنه إِسقاط، فالساقط لا يحتمل العود.

وَعَلَى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو كتيف شارعه أو ميزابه، فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه، فصالحه على مال، فهذا لا يخلو من وجهين: إِما أن يكون الطريق نافذاً، وإِما أن لا يكون نافذاً، فإِذا كان نافذاً فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال، فالصلح باطلٌ؛ لأَن رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكاً لأحد من المسلمين، وإِنما لهم حق المرور وأنه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق، بل هو عبارة عن ولاية المرور وأنه صفة المار، فلا يجوز الصلح عنه مع ما أنه لا فائدة في هذا الصلح؛ لأنه إن سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع، وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إِليه على مال يأخذ من المتقدم إِليه الطرح، فالصلح باطل؛ لأن الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة.

هذا إذا كان الطريق نافذاً، فأما إذا لم يكن نافذاً فصالحه رجلٌ من أهل الطريق على مال للترك، فالصلح جائز؛ لأن رتبة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة، فكان لكل واحد منهم فيها ملكاً فجاز الصلح عنه.

وكذا إسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين، ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول؛ لأنهم لا يحصون؛ وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك، جاز ويطيب له المال؛ لأن رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة، فكان لكل واحد منهم فيها نصيب، فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصح، فأما في طريق المسلمين فلا ملك لأحد فيها ولا حق ثابت في المحل، فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل، فبطل.

وذكر الجصاص أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بني على الطريق، فأما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الهواء.

ولو ادعى على رجلٍ، مالاً، وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعي، فطلب منه اليمين، فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه، جاز الصلح وبرئ من اليمين؛ وكذا إذا قال المدعى عليه: صالحتك من اليمين التي وجبت لك عليَّ، أو قال: افتديت منك يمينك بكذا وكذا، صح الصلح؛ لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعي؛ لأن اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه.

قال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ في قصة الحضرميِّ والكنديِّ: **«أَلَكَ بَيِّنَةٌ»**؟ قال: لا، قال: **«إِذَنْ لَكَ يَمِينُهُ»**[1]. جعل اليمين حق المدعي، فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعي،

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٤٣٧) كتاب الإيمان، باب: «وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة»، حديث (٢٢٣، ١٣٩/٢٢٤).

وأبو داود (٣/ ٢٢١) كتاب الأيمان والنذور، باب: «فيمن حلف ميتاً ليقتطع بها مالاً لأحد» حديث (٣٢٤٥)، (٣/ ٣١٢) كتاب الأقضية، باب: «الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه»، حديث (٣٦٢٣).

والترمذي (٣/ ٦١٦) كتاب الأحكام، باب: «ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»، حديث (١٣٤٠).

والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٨٤) كتاب القضاء، باب: «التوسعة للحاكم أن لا يزجر المدعي عما يلفظ به في خصمه بحضرته»، حديث (٥٩٨٩).

وابن حبان (١١/ ٤٦٤) كتاب القضاة، ذكر خبراً وهم غير المتبحر في صناعة العلم أنه مضاد لخبر أبي هريرة الذي ذكرناه. حديث (٥٠٧٤).

والبيهقي (١٠/ ١٧٩) كتاب الشهادات، باب: «التشديد في اليمين الفاجرة وما يستحب للإمام من الوعظ فيها».

والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٤٨) كتاب القضاء والشهادات، باب «القضاء باليمين مع الشاهد». كلهم من حديث وائل بن حجر، وفيه قصة.

وكذا الملك في المدعي ثابت في زعمه، فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعي عليه، وهو بدل المال لإسقاط الخصومة والافتداء عن اليمين.

ولو قال المدعى عليه: اشتريت منك اليمين على كذا، وقال المدعي: بعت منك اليمين على كذا، لا يصح فقد خالف الصلح البيع؛ حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء.

ولو ادعى على رجل أنه عبده، فأنكر، فصالحه على مائه درهم، جاز؛ لأَن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعي؛ لأن الرق ثابت في حقه، فكان الصلح في حقه اعتاقاً على مال، فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لإنكار المدعى عليه الرق، فإن أقام المدعي بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق إثبات الولاء.

وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل، كان جائزاً لأَن الرق ثابت في حق المدعي، فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه، فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة.

وَلَوِ ادَّعَىٰ رجلٌ على امرأة نكاحاً، فجحدته، فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى، جاز؛ لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي، فكان الصلح على حق ثابت، فكان في معنى الخلع؛ إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد، فكان جائزاً، وفي حقها بدل مال لإسقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص.

ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجحد الرجل، فصالحها على مال بذله لها، لا يخلو: إما أن يكون النكاح ثابتاً، أو لم يكن ثابتاً، فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة، وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح؛ لأَن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز.

وَلَو ادعى على إنسان مائة درهم، فأنكر المدعى عليه، فتصالحا على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء، فالصلح باطل، والمدعي على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بها؛ لأن قوله: «على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء»؛ تعليق البراءة بالشرط، وأنه باطل؛ لأن في الإبراء معنى التمليك.

والأصل في التمليك أن لا يحتمل التعليق بالشرط، وإن لم تكن له بينة وأراد استحلافه، فهو على وجهين: إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى؛ لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة، ولا تنقطع بها خصومة، فلم يكن معتدًّا بها.

وَإِن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً؛ لأن الحلف عند القاضي معتد به، فقد استوفى المدعي حقه مرة، فلا يجب الايفاء ثانياً.

ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه، فإذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل؛ لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط، وأَنه باطل لكونه قماراً، ولو أودع إِنساناً وديعة ثم طلبها منه، فقال المودع: هلكت، أو قال: رددتها وكذبه المودع وقال: استهلكتها، فتصالحا على شيء، فالصلح باطلٌ عند أبي يوسف، وعند محمد صحيح.

وجه قول محمد: أَن صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة، فيصح كما في سائر المواضع.

وجه قول أبي يوسف: أَن المدعي مناقض في هذه الدعوى؛ لأن المودع أمين المالك، وقول الأَمين قول المؤتمن، فكان إِخباره بالرد والهلاك إِقراراً من المودع، فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك، والتناقض يمنع صحة الدعوى، إِلاَّ أنه يستحلف، لكن لا لدفع الدعوى؛ لأنها مندفعة لبطلانها، بل للتهمة، وإِذا لم تصح الدعوى لا يصح الصلح.

ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع إِنها هلكت أو رددتها، فتصالحا على شيء جاز؛ لأن دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه، فصح الصلح، ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع، وقال: لم تودعني شيئاً، ثم قال: هلكت أو رددتها، وقال المودع: بل استهلكتها فتصالحا، جاز؛ لأن المالك يدعي عليه ضمان الغصب بالجحود، إِذ هو سبب لوجوب الضمان، وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة؛ لأن كل ذلك أمانة.

ولو اشترى من رجل عبداً فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه، ثم صالحه على شيء، أو حط من ثمنه شيئاً، فإِن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بأرش العيب دون الرد، فالصلح جائز؛ لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل، وهو صفة سلامة المبيع عن عيب، وإِنها من قبيل الأَموال، فكان عن العيب معاوضة مال بمال، فصح.

وَكَذَا الصلح عن الأَرش معاوضة مال بمال لا شك فيه، وإِذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع، ولا المطالبة بأرشه؛ بأن باع العبد فالصلح باطل؛ لأن حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع، فلا يجوز الصلح.

ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً في عين العبد، فانجلى، بطل الصلح ويرد ما أخذ؛ لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح.

ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب،

فهو جائز؛ لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة السلامة وإسقاط لها وهي مستحقة على البائع، فيصح الصلح عنها، والإبراء عن كل عيب، وَإن كان إبراء عن المجهول، لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح، فلا تمنع صحة الإبراء للفقه الذي مر قبل هذا.

إنَّ الجهالة لعينها غير مانعة، بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والقبض، والذي وقع الصلح والإبراء عنه لا يفتقر إلى التسليم والقبض فلا تضره الجهالة، وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب، فصالحه البائع من كل عيب على شيء، فالصلح جائز؛ لأنه وَإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لإبطال هذا الحق، ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح، فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره، كان له أن يخاصمه فيه؛ لأن الصلح وقع عن نوع خاص، فكان له حق الخصومةِ في غيره.

ولِو اشترىٰ شيئاً من امرأةٍ فظهر به عيب، فصالحته على أن تتزوجه، فهو جائز، وهذا إقرار منها بالعيب؛ فإن كان يبلغ أرش العيب عشرة دراهم فهو مهرها، وَإن كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم؛ لأن أرش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر، فإذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب. وكذلك لو اشترى شيئاً بأرش عيب، كان إقراراً بالعيب؛ لأن الشراء معاوضة، فالإقدام عليه يكون إقراراً بالعيب؛ بخلاف الصلح حيث لا يكون إقراراً بالعيب؛ لأن الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح إسقاطاً، فلا يصح دليلاً على الإقرار بالشك والاحتمال.

ولِو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة، فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً، فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهماً، فالرد جائز، وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يجوز شيء من ذلك.

وجه قوله أَن الرد بالعيب فسخ، والفسخ بيع جديد بمنزلة الإقالة، والبيع تبطله الشروط الفاسدة.

وجه قولهما: أَن هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وأَنه باطلٌ؛ لأن الزيادة تلحق بأصل العقد، وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط؛ لأنه في معنى القمار؛ فكذا الزيادة عليه، فأما الرد ففسخ العقد وأَنه يحتمل الشرط فجائز.

وَلَوِ ادَّعَىٰ على امرأة نكاحاً فجحدت، فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح، فأقرت، فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها؛ لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة.

ولو ادعى على إنسان ألفاً وأنكر المدعي، فصالحه على مائة درهم على أن يقر له

بالألَف، فهو باطل؛ لأن المدعي لا يخلو إما أن يكون صادقاً في دعواه، وإما أن يكون كاذباً فيها، فإن كان صادقاً فيها فالألَف واجبة على المدعى عليه، ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وأنه حرام، وإن كان كاذباً في دعواه فإقرار المدعى عليه بالألَف التزام المال ابتداء، وهذا لا يجوز.

ولو قال لامرأةٍ: أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتي، ففعلت ذلك، فهو جائز إذا كان بمحضر من الشهود، ويجعل كناية عن إنشاء النكاح؛ وكذا لو قال: تزوجتك أمس على ألف درهم؛ فجحدت، فقال: أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح، فأقرت، جاز ولها ألف ومائة، ويحمل إقرارها على الصحة، والله أعلم.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعي والمدعى عليه.

وأما إذا كان بين المدعي والأجنبي المتوسط أو المتبرع، فلا يخلو إما أن كان ذلك بأمر المدعى عليه، أو بغير أمره، فإن كان بأمره يصح؛ لأنه وكيل عنه، والصلح مما يحتمل التوكيل به، وإن كان بغير أمره فهو صلح الفضولي، وإنه على خمسة أوجه:

أحدها: أن يضيف الضمان إلى نفسه بأن يقول للمدعي: صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم، على أني ضامن لك الألف، أو على أن علي الألف.

والثاني: أن يضيف المال إلى نفسه بأن يقول: على ألفي هذه، أو على عبدي هذا.

والثالث: أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول: عليَّ هذه الألف، أو على هذا العبد.

والرابع: أن يسلم البدل، وإن لم يعين ولم ينسب؛ بأن قال: صالحتك على ألف وسلمها إليه.

والخامس: أن لا يفعل شيئاً من ذلك؛ بأن يقول: صالحتك على ألف درهم أو على عبد وسط، ولم يزد عليه.

ففي الوجوه الأربعة يصح الصلح، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ [سورة الحجرات، ١٠] وهذا خاص في صلح المتوسط، وقوله ـ عزَّ شأنه ـ: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [سورة النساء، ١٢٨] وهذا عام في جميع أنواع الصلح؛ لدخول الألف واللام على الصلح، وإنهما لاستغراق الجنس؛ ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بإسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه، إن كان الصلح عن إقرار، وإن كان عن إنكار بإسقاط الخصومة فيصح تبرعه؛ كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء، ومتى صح صلحه

يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة، وليس له أَنْ يرجع على المدعى عليه؛ لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره في فصل الحكم، إِن شاء الله تعالى.

وأما في الوجه الخامس: فموقوف على إِجازة المدعى عليه؛ لأن انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه، فلا يكون متصرفاً على نفسه، بل على المدعى عليه، فيقف على إِجازته، فإِن أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح؛ لأن الإِجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة.

ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله، فكذلك إِذا التحق التوكيل بالإِجازة، وَإِن رده بطل؛ لأن التصرف على الإِنسان لا يصح من غير إِذنه وإِجازته، ثم إِنما يصح صلح الفضولي إِذا كان حرًّا بالغاً، فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع، وكذا الخلع من الأَجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا؛ بأن كان بإِذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل.

وإِن كان بغير إِذنهما فهو على الفصول التي ذكرنا في الصلح، وكذلك الزيادة في الثمن من الأَجنبي على هذا التفصيل، إِن كان بإِذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري، وإِن كان بغير إِذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول.

وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الأَجنبي على هذه الفصول.

ثم لا يخلو إِما أَن صالح على المفروض، أو على غير المفروض بمقدار المفروض، أو بأكثر منه قبل تعيين القاضي أو بعده، على ما تقدم.

والأَصل فيه أنه يجوز من صلح الأجنبي ما يجوز من صلح القاتل، وما لا فلا.

وبيان ذلك أَنه إِذا صالح الفضولي على خمسة عشر ألفاً، أو على ألفي دينار وضمن قبل تعيين القاضي الواجب على العاقلة، جاز الصلح على عشرة آلاف درهم، وعلى ألف دينار، وتبطل الزيادة لما ذكرنا أن الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضع متبرعٌ بقضاء على المتبرع عليه، وليس عليه إِلا هذا القدر، فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة، كمن كان له على آخر ألف درهم دين فقضى عنه ألفين بغير أمره، له أن يسترد الزيادة.

هذا إِذا صالح على المفروض، فإِن صالح على جنس آخر جاز؛ لأن المانع من الجواز هو الربا، ولا يجري في مختلفي الجنس.

وكذلك لو صالح على مائتي بعير بعينها أو بغير عينها، جاز صلحه على المائة؛ لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز إِلا على المائة، فكذا الفضولي لما ذكرنا.

ثم إن كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الإبل على الإنسان الواجبة في باب الدية؛ لأن مطلق الإبل في هذا الباب ينصرف إلى الواجب، وإن كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار إلى الطالب؛ لأن الرضا بالكل يكون رضاً بالبعض، فإن كان في أسنان الإبل نقصان عن أسنان الإبل الواجبة في باب الدية، فللطالب أن يرد الصلح؛ لأن صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على أن غرضه أنه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد، فإذا لم تحصل له الزيادة لم يحصل غرضه، فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص.

ولو صالح على مائة على أسنان الدية وضمنها، فهو جائز ولا خيار للطالب، لأَن الصلح على مائة على أسنان الدية استيفاء عين الحق، وإن كان القاضي عين الواجب فقضى عليه بالدراهم، فصالح المتوسط على ألفي دينار، جاز، ولا بد من القبض في المجلس كما فعله القاتل بنفسه؛ لأنه صرف فيراعي شرائطه، والله أعلم.

فصل [في حكم الصلح]

وأما بيان حكم الصلح، فنقول وبالله التوفيق: أَن للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع، وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض.

أما الأصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك، وهذا حكم لازم جنس الصلح.

فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع، وجملته أَن المدعي لو كان داراً وبدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما، فإن كان الصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة؛ لأن في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة، وإن كان الصلح عن إنكار لا يثبت لأنه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين، لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعي فيدلي بحجته على المدعى عليه، فإن كانت للمدعي بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة؛ لأن بإقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع.

وكذلك إن لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل، وَإِن كان بدل الصلح داراً والصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً؛ لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين، فصار كأنهما تبايعا داراً بدار، فيأخذ شفيع كل دار المشفوعة بقيمة الدار الأخرى.

وَإِنْ تصالحا عَلَىٰ أن يأخذ المدعي الدار المدعاة ويعطي المدعى عليه داراً أخرى، فإن

كان الصلح عن إنكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما؛ لأن هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين، وَإِن كان الصلح عن إقرار لا يصح لأن الدارين جميعاً ملك المدعي؛ لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه، وَإِذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة، ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وإن كان الصلح عن إقرار؛ لأن المنفعة ليست بعين مال، فلا يجوز أخذ الشفعة بها، وإِن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح، ولا يثبت في الدار المدعاة؛ لأن الأخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه؛ لأن الصلح عن إنكار في جانب المدعي معاوضة، فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه إِذا كان عيناً، فكان للشفيع حق الأخذ منه بالشفعة، وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة، بل هو إسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه، فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه، فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة، إلا أن يدلي بحجة المدعي فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل؛ على ما ذكرنا.

ومنها: حق الرد بالعيب، وأنه يثبت من الجانبين جميعاً إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه بمنزلة البيع.

وإن كان عن إنكار يثبت في جانب المدعي ولا يثبت في جانب المدعى عليه؛ لأن هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه، والعيب على المدعى عليه في دعواه؛ فإن أقام البينة أخذ حصة العيب، وَإِن لم يثبت المدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء.

وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض، لا يرجع على المدعي بقيمة البناء، وكذا لو كان المدعي جارية فاستولدها، لم يكن مغروراً ولا يرجع بقيمة الولد؛ لأن ما أخذه المدعي لي بدل المدعي في حقه، إلا أنه إذا استحقت الدار المدعاة، يرجع على المدعي بما أدى إليه؛ لأن المؤدي بدل الخصومة في حقه، وقد تبين أنه لا خصومة له فيه، فكان له حق الرجوع بالمؤدي ولو وجد ببدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في يد المدعي، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعي، وإن كان عن إنكار يرجع العيب على المدعى عليه في دعواه، فإن أقام البينة أخذ حصة العيب؛ وكذا إذا حلفه فنكل، وَإِن حلف فلا شيء عليه.

ومنها: الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح وفرق الطحاوي بينهما، وألحق الرد في الصلح عن إنكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر وبدل الخلع، والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود؛ فكذا ههنا.

وفي «كتاب الصلح» أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل، هو الصحيح؛ لأن الخيار ثبت للمدعي، فيستدعي كونه معاوضة عن حقه، وقد وجد، وكذلك الأحكام تشهد بصحة هذا على ما نذكر.

ومنها: أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح، فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك، وإن كَانَ عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز، ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض.

وكذلك المهر والخلع، والفرق أن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك، ولم يوجد هنا، لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانفساخ، فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالموروث.

وبذا تبين إن إلحاق العقد بالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال، على ما ذكره الطحاوي - غير سديد.

ولو صالح عن القصاص على عين، فهلكت قبل التسليم، فعليه قيمتها؛ لأن الصلح لم ينفسخ فبقي وجوب التسليم؛ وهو عاجز عن تسليم العين للمصلح فيجب تسليم القيمة.

ومنها: إن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه، فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين: إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة، وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق، فإن كان في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعى عليه؛ لأنه يكون جارياً مجرى البيع، وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل، وَإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً: إما أن ضمن بدل الصلح، وَإما إن لم يضمن، فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول، فلا ترجع إليه الحقوق، وَإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد.

وأما الفضولي فإن نفذ صلحه فالبدل عليه، ولا يرجع به على المدعى عليه لأنه متبرع، وإن وقف صلحه فإن رده المدعى عليه بطل ولا شيء على واحد منهما، وإن أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولي.

فصل [في بيان ما يبطل بها الصلح بعد وجوده]

وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده، فنقول وبالله التوفيق: ما يبطل به الصلح أشياء.

منها: الإقالة فيما سوى القصاص؛ لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه.

فأما في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض؛ لأنه عفو والعفو إسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه.

ومنها: لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة؛ بناءً على أن

تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام أو اللحوق بدار الحرب والموت، فإن أسلم نفذ، وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة تبطل، وعندهما نافذة، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحربية لأن حكمها حكم الحربية، والمسألة تعرف في موضعها، إن شاء الله تعالى.

ومنها: الرد بخيار العيب والرؤية؛ لأنه يفسخ العقد لما علم، ومنها: الاستحقاق وأنه ليس إبطالاً حقيقةً، بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلاً، لا أنه بطل بعد الصحة إلا أنه إبطال من حيث الظاهر؛ لنفاذ الصلح ظاهراً، فيجوز إلحاقه بهذا القسم، لكنه ليس بإبطال حقيقة، فكان إلحاقه بأقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقه، فكان أولى.

ومنها: هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة؛ لأنه بمعنى الإجارة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين، وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته، هل يوجب بطلان الصلح؟ فلا يخلو إما كان حيواناً كالعبد والدابة، أو غير حيوان كالدار والبيت، فإن كان حيواناً لا يخلو إما إن هلك بنفسه أو باستهلاك، فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً، وَإِن هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أَن استهلكه أجنبي، وإما أن استهلكه المدعى عليه، وإما أن استهلكه المدعي، فإن استهلكه أجنبي بطل الصلح عند محمد، وقال أبو يوسف لا يبطل ولكن للمدعي الخيار: إن شاء نقض الصلح، وَإِن شاء اشترى له بقيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة.

وجه قول محمد أَن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجارة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، وقد وجد، ولهذا ملك إجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجارة والإجازة تبطل بهلاك المستأجر، سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه؛ كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف أَن هذا صلح فيه معنى الإجارة؛ وكما أن معنى المعاوضة لازم في الإجارة، فمعنى استيفاء عين الحق أصل في الصلح، فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن، ومعلوما أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة؛ لأنها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة، ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها، فتجعل كأنها ملكه في حق استيفاء حقه منها، وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها، فكان له أن يستوفي من البدل بأن يشتري له عبداً فيخدمه إلى المدة المشروطة، وله حق النقض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء، وإن استهلكه المدعى عليه بأن قتله أو كان عبداً فأعتقه، يبطل الصلح أيضاً، وقيل هذا قول محمد.

فأما على أصل أبي يوسف فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له بها عبداً آخر يخدمه إلى المدة المشروطة، كما إذا قتله أجنبي؛ وكالراهن إذا قتل العبد المرهون أو أعتقه، وهذا لأن

رقبة العبد، وإن كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير، وهو المدعي لتعلق حقه بها، فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن.

وكذا لو استهلكه المدعي بطل الصلح عند محمد، وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعي قيمة العبد ويشتري عبداً آخر يخدمه، وهل يثبت الخيار للمدعي في نقض الصلح على مذهبه؟ فيه نظر.

هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان. فأما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه؛ بأن انهدم، أو باستهلاك بأن هدمه غيره، لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعي الخيار: إن شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة، وإن شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا، خلاف محمد؛ لأن إجارة العبد تبطل بموته بالإجماع، وإجارة الدار لا تبطل بانهدامها، ولصاحب الدار أن يبنيها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا؛ على ما مَرَّ في الإجارات.

ولو تصالحا عن إنكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح؛ لأن الإقرار مبين أن الصلح وقع معاوضة من الجانبين، فكان مقرًّا للصلح لا مبطلاً له، ولو أقام المدعي البينة بعد الصلح لا تسمع بينته، إلا إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه، فأقام البينة ليرده بالعيب، فتسمع بينته وتبين أن الصلح الماضي حكم الصلح عن إقرار المدعى عليه، فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا.

فصل [في حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً]

وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً؛ فهو أن يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار، وإن كان عن إقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعي لا غيره، إلا أن في الصلح عن قصاصٍ إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص، إلا أن يصير مغروراً من جهة المدعى عليه، فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً.

وبيان هذه الجملة أنهما إذا تقايلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البدل بالعيب وخيار الرؤية، يرجع المدعي بالمدعي إن كان عن إقرار، وإن كان عن إنكار يرجع إلى دعواه؛ لأن الإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد، وإذا فسخ جعل كأن لم يكن، فعاد الأمر على ما كان من قبل.

وكذا إذا استحق؛ لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات شرط الصحة، فكأنه لم يوجد أصلاً، فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة، إلا أن في الصلح عن القصاص عن إقرار لا يرجع بالمدعي، وإن فات شرط الصحة؛ لأن صورة الصلح أورثت شبهة في درء القصاص،

والقصاص لا يستوفي مع الشبهة، فسقط لكن إلى بدل وهو الدية.

فأما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة، فأمكن الرجوع بالمدعي ولا يرجع بشيء آخر إلا إذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه؛ بأن كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها، ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة؛ فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعي وبما ضمن من قيمة الولد، إن كان الصلح عن إقرار، لأنه صار مغروراً من جهته.

وإن كان الصلح عن إنكار يرجع إلى دعواه لا غير، فإن أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه، فنكل حينئذٍ يرجع بما ادعى وبقيمة الولد؛ لأنه تبين أنه كان مغروراً فيرجع عليه بضمان الغرور، ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح؛ لأن العقر بدل المنفعة المستوفي، فكان عليه العقر.

وإن كان الصلح عن القصاص في النفس أو ما دونها، فصالح على جارية فاستولدها ثم استحقت، فإنه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد، إن كان الصلح عن إقرار، ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا.

وإن كان الصلح عن إنكار يرجع إلى دعواه لا غير، فإن أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل، يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا؛ وإن حلف لا يرجع بشيء، أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد، أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح، لا سبيل للمدعي على المتوسط، ولكنه يرجع بالمدعي، إن كان الصلح عن إقرار، وإن كان عن إنكار يرجع إلى دعواه؛ لأن المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين.

ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها إليه، ثم استحقت أو وجدها زيوفاً، له أن يرجع على المصالح المتوسط؛ لأنه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون، ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن إقرار أو عن إنكار، كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع.

أما في موضع الإقرار فلا شك فيه؛ لأن المأخوذ عوض في حقهما جميعاً.

وأما في موضع الإنكار فلأن المأخوذ عوض في حق المدعي عن المدعى عليه، وقد فات بالاستحقاق، فيجب عليه رد عوضه، هذا إذا استحق كل الدار، فأما إذا استحق بعضها، فإن كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق؛ لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق، وإن كان ادعى فيها حقًّا لم يرجع بشيء؛ لجواز أن يكون المدعي ما وراء المستحق.

وإذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة، فإن كان

الصلح عن إقرار رجع بالمدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة، وإن كان عن إنكار رجع إلى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة.

ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فإذا هو خل، أو على عبد فإذا هو حُرٌّ، فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح، إلا أن فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا، وفيما تجد القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا، ولا يشبه هذا ما إذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بأنه خمر؛ أنه لا يجب شيء، وههنا يجب شيء؛ لأن هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل، وكل من غر غيره في شيء يكون ملتزماً ما يلحقه من العهدة فيه، فإذا ظهر الأمر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان، ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى، فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً، فهو الفرق بين الأمرين، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

كِتَابُ الشَّرِكَةِ(١)

الشركة في الأصل نوعان: شركةُ الأملاك، وشركة العقود، وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين، ونوع يثبت بغير فعلهما.

---

(١) الشَّرِكَةُ في اللغة مَصْدَرٌ من الفعل الثلاثي: شَرك يَشْرَكُ شِرْكاً، أو اسم مصدر من الثلاثي المزيد: شَارَكَ يشارك مشاركة، أو من المضعف شَرَّكَ يُشَرِّك تَشْرِيكاً.
وفي لفظ الشَّرِكة لغات أشهرها ثلاثة هي: «شِرْكة» بكسر فسكون «وشَرِكَة» بفتح فكسر «وشَرْكة» بفتح فسكون.
قال ابن القطاع: يقال: شَرِكْتُكَ في الأَمْرِ أَشْرَكُكَ شِرْكاً وشِرْكَةً، وحكي: بوزن نعمة وسرقة، وحكى مَكّي لغة ثالثةً: شَرْكَة بوزن تَمْرَةٍ، وحكى ابن سيده: شَرِكْتُه في الأمر وأَشْرَكْته.
وقال الجوهري: وشَرَكْتُ فلاناً: صرت شَرِيكَهُ، وَاشْتَرَكْنَا، وتَشَارَكْنَا في كذا، أي: صِرْنَا فيه شُرَكَاءَ.
والشِّرْك بوزن العِلْم: الإِشْرَاكُ. والنَّصِيبُ.
والشَّركة واحدة: الشركات، وواحد الشّرَكاء: شريك، يجمع على شُرَكَاء وأشراك، ومعناها الاختلاط، أو خلط المِلْكَيْن، أو مخالطة الشريكين واشتراكهما في شيء وَاحِدٍ.
وقيل: هو أن يُوجَدَ شيء لاثنين فَصَاعِداً، عَيْناً كان ذلك الشيء أو معنى.
وقيل: أن يكون الشيء، بين اثنين لا ينفرد به أَحَدُهُمَا.
وحاصل ما قيل: أن معنى الشركة في اللُّغَةِ الاختلاط والامتزاج.
وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وأَشْرِكْهُ في أمري﴾ [طه: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿فيه شُرَكَاءُ مُتَشَاكِسُون﴾ [الزمر: ٢٦] وقوله ﷺ: «الناس شُرَكَاءُ في ثلاثة: الماء، والكلأ والنار». انظر: الصِّحَاح ٤/ ١٥٩٣، ومعجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٥، المصباح المنير ١/ ٤٧٤، والنهاية في غريب الحديث ٢/ ٤٦٦، لسان العرب ص ٢٢٤٨، ٢٢٥٠، ترتيب القاموس المحيط ٢/ ٧٠٤، مختار الصحاح ص ٣٣٦.
واصطلاحاً:
عرفها الحنفيةُ بأنها: عِبَارَةٌ عن اختلاط النَّصِيبَيْنِ فصاعداً، بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.
عرفها الشافعيةُ بأنها: هي ثُبُوتُ الحَقِّ في شيء لاثنين فأكثر، على جهة الشيوع.
عرفها المالكية بأنها: إذن كل وَاحِدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما.
عرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في اسْتِحْقَاقٍ، أو في تصرِف، والنوع الأول: شركة في المال، والنوع الثاني: شركة عقود.
انظر: تبيين الحقائق ٣/ ٣١٣، شرح فتح القدير ٦/ ١٥٢، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٣٢، والمبسوط ١١/ ١٥١، مغني المحتاج ٢/ ٢١١، مواهب الجليل ٥/ ١١٧، الكافي ٢/ ٧٨٠، كشاف القناع ٣/ ٤٩٦، المغني ٥/ ١. =

....

= واعلم أن الله سبحانه وتعالى خلق الخلق، وهو عالم بضعفهم، واحتياجهم لبعض وجعلهم مدنيين بطبعهم لا يستغني أحدهم عن الآخر في معاملتهم المالية والشارع الحكيم لم يترك باباً من أبواب المنفعة إلا طَرَقَه وَفَتَحَهُ. ولا سبيلاً من سبل السعادة إلا مهدها وسهلها، وَحَثَّ عليها. فمن ذلك الشركة لما فيها من معاونة الشركاء بعضهم بعضاً مالا وبدنا. فلو جرى الناس عليها وَرَاعَوْا شروطها الشرعية لعم النفع، وَأَزْهَرَتْ رياض السعادة في ربوعهم. ولذا حَثَّ الشارع، وندب إليها قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ وقد أمر الله سبحانه وتعالى ـ على لسان رسوله ﷺ بالتَّحَلِّي بفضيلة الأمانة فيها لتحصل البركة لهم والمساعدة في شركتهم لأنها مدار نجاحها، فقال ﷺ قال الله تعالى: ﴿أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ ما لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا ٱلآخَرَ فإذا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِما﴾ ومعنى الحديث: أنا معينهما ومساعدهما ومبارك لهما في مالهما وبدنهما. ومن فوائد الشركة ترقية الأعمال التجارية وفروع الصناعات المختلفة، وتكثير وسائل تنمية الثروة، وبها أمكن من السكك الحديدة في أنحاء المعمورة، وبناء المعامل الضخمة، والقناطر المشيدة والأساطيل التجارية الفخمة، وبها نبع المهرة في جميع الحرف والصناعات حتى أمكن صنع كثير من لوازم الحياة، وكمالياتها لسد حاجات الإنسان المتزايدة باستمرار، وقد فطن لهذه أهلُ الغَرْب ومن سايرهم فتمسكوا بها وانتفعوا بفوائد هذه الشركات، ونالوا منها الأرباح الطائلة، والأموال الجمة، وصار لهم في كل بلد من بلدان العالم شركات كثيرة يرتبط بها أهم المصالح العامة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فوصلوا من ذلك إلى مآربهم المادية والاقتصادية والسياسية والقومية. وبالجملة فهي مما عليه مدار انتظام مصالح الفقير والغني والمالك والمعدم، خُصُوصاً المزارعة فإن حياة النوع الإنساني والحيواني مُتَعَلِّقَةٌ بالأرض، وما أودع الله فيها من الخيرات والنعم الجليلة، ولا يمكن لِلْمُلاَّك وهم قليلون لا يستطيع أكثرهم العمل في المُزَارَعَةِ وعمارة الأرض واستثمارها سد حاجات أنفسهم فضلاً عن سَدِّ حاجة المجتمع البشري، وحولهم الكثيرون ممن يستطيع العمل وحرث الأرض واستغلالها على الوجه المطلوب، ولا ينقصهم إلا التمكن من أعمال الزراعة واستثمارها، فكانت حاجة النَّوْع الإنساني ماسة إلى شركة المُزَارَعَةِ لتتوفر أسباب الحياة وتنتظم المصالحَ للنوع الإنساني، وتزول أكبر عقَبة في سبيل نمو الإنسان والحيوان فشرعت رَحْمَةً بالعباد وَلُطْفاً بهم. إِنَّ الله بِعِبَادِهِ رَؤُوفٌ رَحيم.

والشركة جائزة شرعاً. والدليل على ذلك: الكتاب والسنة والإجماع والعقل.

أما الكتاب: فقوله تعالى ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا حيث لا ناسخ. فهذا دليل شركة الأموال وأما شركة الأبدان فيدل عليها قوله تعالى ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فَأن لله خمسه﴾ الأربعة الأخماس بين الغانمين على الشركة. وإنما كان ذلك بعمل أبدانهم. وقال اللخمي ما نصه: الأصل في الشركة قوله تعالى في ولي اليتيم ﴿وإن تخالطوهم فإخوانكم﴾ قالت عائشة رضي الله عنها هي اليتيمة تشارك في أموالها. رواه البخاري ومسلم. وقوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ الخ الآية.

وأما السنة فما روي عن أبي داود بسنده إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أن الله يقول: ﴿أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر فإذا خانه خرجت من بينهما﴾ ذكره عبد الحق وصححه بسكوته عنه. والحاكم في مستدركه. وحديث السفينة وهو قوله عليه الصلاة والسلام «مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهجموا سفينة في البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فكان =

أما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما أو يوصي لهما أو يتصدق عليهما، فيقبلا، فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك.

وأما الذي يثبت بغير فعلهما، فالميراث بأن ورثا شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك.

وأما شركة العقود، فالكلام فيها يقع في مواضع: في بيان أنواعها، وكيفية كل نوع منها وركنه.

= الذين في أسفلها يصعدون فيستقون الماء فيضيقون على الذين في أعلاها فقال الذين في أعلاها: لا ندعكم تصعدون فتؤذوننا فقال الذين في أسفلها فإننا نثقبها من أسفلها فنستقي فإن أخذوا على أيديهم فمنعوهم نجوا جميعاً وإن تركوهم عرفوا جميعاً» وفي الصحيح أن زهرة بن معبد كان يخرج به جده فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم فيقولان له أي لجده عبد الله بن هشام: أشركنا فإن النبي ﷺ قد دعا لك بالبركة فيشركهما وربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها إلى المنزل. روى البخاري عن سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة فجاءنا البراء بن عازب فسألناه فقال: اشتريت أنا وشريكي زيد بن أرقم وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: «ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان نسيئة فردوه» قال ابن حجر: أي ما وقع لكم فيه التقابض في المجلس فهو صحيح فأمضوه وما لم يقع لكم فيه التقابض فليس بصحيح فاتركوه. قال صاحب نيل الأوطار عن أبي المنهال: إن زيد بن الأرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة وذكر بقية الحديث. ثم قال: واستدل بهذا الحديث على جواز الشركة في الدراهم والدنانير. وعن أبي عبيدة عن عبد الله قال: اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر قال: فجاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء. رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة. وعن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ «كنت شريكي في الجاهلية لا تداريني ولا تماريني» أي لا تمانعني ولا تحاورني رواه أبو داود وابن ماجة.

وأما الإجماع: فقد أجمع الناس قديماً على جوازها من حيث الجملة ونقل ذلك إلينا نقلاً متواتراً فقد حكاه ابن رشد في بعض صورها فقال: «إن المسلمين اتفقوا على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير أو الدراهم، وإن كانت الشركة في الحقيقة بيعاً والعين لم تقع فيه مناجزة في هذه الحالة لبقاء يد كل واحد على ما دفع، ومن شروط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة». وقال الحطاب: إن الشركة في العرضين من صنف واحد جائزة بالإجماع. وقال ابن بطال: أجمعوا على أن الشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد مثل ما أخرج صاحبه ثم يخلطا ذلك حتى لا يتميز، ثم يتصرفا جميعاً إلا أن يقيم كل واحد منهما الآخر مقام نفسه، وأجمعوا على أن الشركة بالدراهم أو الدنانير جائزة، لكن اختلفوا إذا كانت الدنانير من أحدهم والدراهم من الآخر، فمنعه الشافعي ومالك في المشهور عنه والكوفيون إلا الثوري، وزاد الشافعي أن لا تختلف الصِّفَةُ أيضاً كالصحاح والمكسرة.

وأما العقل: فلأنها مركبة من البيع والوكالة، وكلاهما جائز فتكون هي جائزة كجُزْءَيْهَا. ينظر: الشركة لشيخنا محمود فرغلي.

وفي بيان شرائط ركنه.

وفي بيان حكم الشركة، وفي بيان صفة عقد الشركة، وفي بيان ما يبطل العقد.

أما الأول: فشركة العقود أنواع ثلاثة: شركة بالأَموال، وشركة بالأعمال، وتسمى شركة الأبدان، وشركة الصانع، وشركة بالتقبل، وشركة بالوجوه[١].

أما الأول: وهو الشركة بالأَموال؛ فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان اشتركنا فيه على أن نشتري ونبيع معاً، أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ من ربح فهو بيننا على شرط كذا، أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر: نعم، ولو ذكرا الشراء دون البيع، فإن ذكرا ما يدل على شركة العقود بأن قالا: ما اشترينا فهو بيننا/ ، أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا، يكون شركة لأنهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد [منهما][٢] بينهما علم أنهما أرادا به الشركة لا الوكالة؛ لأن الوكيل لا يوكل موكله عادة، وإذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن، بل يصح من غير بيان شيء من ذلك [إن لم يذكرا الشراء ولا البيع][٣]، ولا ما يدل على شركة العقود بأن قال رجلٌ لغيره: ما اشتريت من شيء فبيني وبينك، أو قال: فبيننا، وقال الآخر: نعم، فإن أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة، كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن؛ كما إذا نصا على الشراء والبيع، وإن أرادا به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة، بل يكون المشتري بينهما بعينه؛ كما إذا أورثا أو وهب لهما ـ كان وكالة لا شركة، فإن وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة، وإلا فلا، وهو بيان جنس المشتري وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة، وهي أن لا يفوض الموكل الرأي إلى الوكيل بأن يقول: ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز، أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بألف درهم فهو جائز، أو بيان الوقت أو قدر الثمن أوجنس المشتري في الوكالة العامة؛ بأن يقول ما اشتريت لي من شيء اليوم أو شهر كذا أو سنة كذا،

٢٤٦/٢ب

---

(١) قال في الهداية: ثم هي على أربعة أوجه أي شركة العقود على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه وتبعه صاحب الكافي وقال في غاية البيان هذا التقسيم فيه نظر لأنه يوهم أن شركة الصنائع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة والأولى في التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي في مختصريهما بقولهما الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالأموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل واحدة على وجهين مفاوضة وعنان وفي الهداية إشارة إلى هذا حيث قال في بيان شركة الوجوه وأنها تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدان وإذا أطلقت تكون عناناً.
ينظر: درر الحكام (٢/٣١٩).

(٢) سقط في ط.

(٣) في أ: وإن لم يذكر البيع ولا الشراء.

فهو جائز، أو قال: ما اشتريت لي من شيء بألف درهم فهو جائز، أو ما اشتريت لي من البز والخز فهو جائز، وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة، فلا بد من النية، فإن نويا به الشركة كان شركة في عموم التجارات؛ لأن الأصل في الشركة العموم؛ لأن المقصود منها تحصيل الربح، وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى، ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا؛ لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة.

وَإِن نَوَيا به الوكالة كان وكالة، ويقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة؛ لأن مبنى الوكالة على الخصوص، لأن المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها، فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا، إلا أنه يكتفي في الوكالة العامة ببيان أحد الأشياء التي وصفنا؛ لأنه لما عممها بتفويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة، فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة، لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة، فلا بد فيها من ضرب تخصيص، فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت وإلا بطلت، قال بشر: سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفين، فقال الرجل: نعم، فإن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ قال: هذا جائز؛ وكذلك قال أبو يوسف؛ وكذلك إن وقت مالاً ولم يؤقت يوماً، وكذا إن وقت صنفاً من الثياب وسمي عدداً أو لم يسم ثمناً ولا يوماً.

وَإِن قال ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئاً مما ذكرنا، فإن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ قال: لا يجوز، وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود، علم أنها وكالة، فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا.

وذكر محمد في الأَصل في رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما، خصا صنفاً من الأصناف أو عما ولم يخصا، فهو جائز؛ وكذلك إن لم يوقتا للشركة وقتاً كان هذا جائزاً؛ لأنهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما دل على أنها شركة وليست بوكالة؛ لأن الوَكَالَةَ لا تكون من الجانبين عادة؛ وَإِذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص.

قال: وَإِن أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه، فكلما اشتريا شيئاً فهو بينهما؛ لأن الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه، فهو بالإشهاد أنه يشتري لنفسه يريد إخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل، فلا يملك ذلك.

وأما الشركة بالأعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما، فيقولا: اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ من أجرة فهي بيننا على شرط كذا.

وأما الشركة بالوجوه[١]، فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس، فيقولا: اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد؛ على أن ما رزق الله ـ سبحانه وتعالى ـ من ربح[٢] فهو بيننا على شرط كذا، وسمي هذا النوع شركة الوجوه؛ لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة، ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة، ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة، ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة، نذكرها في موضعها، إن شاء الله تعالى.

فصل [في جواز الأنواع الثلاثة]

وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة، فقد قال أصحابنا إنها جائزة عناناً كانت أو مفاوضة.

وقال الشافعي ـ رحمه الله ـ: شركة الأعمال والوجوه لا جواز لها أصلاً ورأساً.

وأما شركة الأموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة[٣].

---

(١) «شَرِكَةُ الْوُجوهِ» تَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ، أَحَدُهُما: أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً بِوَجْهِهِ، أَيْ: بِنَفْسِهِ، وَلا يَنْوِي صَاحِبَهُ، وَلاَ يَذْكُرُهُ فِي الْبَيْعِ، ثُم يُشارِكُهُ الآخَرُ فيهِ، وَالآخَرُ: أَنْ يَكونَ بِمَعْنَى الْجاهِ وَالْحَظِّ.
يُقَالُ: وَجُهَ الرَّجُلُ: إِذا صارَ وَجيهاً أَيْ: ذا جاهٍ وَقَدْرٍ، فَكَأَنَّهُ يَشْتَري؛ لِيُرْخَصَ لَهُ فِي الْبَيْعِ؛ لِقَدْرِ حَظِّهِ وجاهِهِ، ثُمَّ يُشارِكُهُ الآخَرُ.
وقال الماوردي وهي شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه فهو أن يكون الرجل ذا جاه فيقولان على جاهنا ونشتري متاعاً والربح بيننا فهذه شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه، ومن أصحابنا من جعل شركة الجاه من النوع الأول إذا كان الجاه لأحدهما وشركة الوجوه إذا كان الجاه لهما، وهذا خلاف في العبارة والحكم فيها سواء وهي شركة باطلة وقال أبو حنيفة هي شركة جائزة استدلالاً بأنها نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان.
ينظر: الحاوي (٦/ ٤٧٧)، والنظم: ٢/ ٥.

(٢) في أ: شيء.

(٣) هي بفتح الواو لا غير وهو القياس لقول الخلاصة «الفاعل الفِعال والمفاعلة» وما ذكره بعضهم من جواز الكسر فقد رده البناني لأنه ليس في الصحاح والقاموس والمصباح والمشارق إلا الفتح، نعم يصح الكسر بتكلف الإسناد المجازي للشركة على حد جد جده كما في المجموع.
وهي في اللغة: الشروع، من تعارض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه.
وفي الاصطلاح؛ تنقسم إلى قسمين: مفاوضة عامة، وخاصة.
فالعامة: هي التي أطلق فيها كل من الشريكين أو الشركاء لصاحبه التصرف في جميع الأنواع غيبة وحضوراً في البيع والشراء والكراء والإكتراء وغير ذلك مما تحتاج إليه التجارة. وسميت بذلك لأن الاطلاق فيها غير مقيد بنوع.
والخاصة: هي التي أطلق فيها كل من الشريكين لصاحبه التصرف في نوع معين كالحرير والكتان مثلاً في =

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: لا أعرف المفاوضة.

وقيل في اشتقاق العنان أنه مأخوذ من العن وهو الإعراض، يقال: عن لي، أي: اعترض وظهر؛ قال امرؤ القيس: [من الطويل]

فَعَنَّ لَنَا سِرْبٌ كَأَنَّ نِعَاجَهُ عَذَارَىٰ دُوَار فِي مُلَاءٍ مُذَيَّلِ[1]

سمي هذا النوع من الشركة عناناً؛ لأنه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض، وعند تساوي المالين أو تفاضلهما، وقيل هو مأخوذ من عَنان الفرس أن يكون بإحدى يديه ويده الأخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء، فسمي هذا النوع من الشركة له عناناً؛ لأنه لا يكون إلا في بعض الأَموال، ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء، أو لأن كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه، وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة، قال النابغة: [من الوافر]

وَشَارَكْنَا قُرَيْشاً فِي تُقَاهَا وَفِي أَحْسَابِهَا شِرْكَ العِنَانِ[2]

وأما المفاوضة: فقد قيل: إنها المساواة في اللغة، قال القائل وهو العبدي: [من البسيط]

تُلْغَى الأُمُورُ بِأَهْلِ الرَّأْيِ مَا صَلُحَتْ فَإِنْ تَوَلَّتْ فَبِالأَشْرَارِ تَنْقَادُ

لاَ يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَىٰ لاَ سَرَاةَ لَهُمْ وَلاَ سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا[3]

سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة؛ لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر.

وقيل هي من التفويض لأن كل واحد منهما يفوض[4] التصرف إلى صاحبه على كل حالٍ.

= البيع والشراء والكراء والإكتراء وغير ذلك مما تحتاج إلى التجارة غيبة وحضوراً. وسميت بذلك لتقييد الإطلاق فيها بنوع خاص خلافاً لمن جعل هذا القسم من المفاوضة شركة عنان. وهذا الثاني بخلاف ما إذا أذن سيد لعبده في التجر بنوع فإنه يكون كوكيل مفوض في ذلك النوع المأذون له فيه وفي غيره. والفرق بينه وبين الحر أن الناس لا يعلمون إذن سيده له في النوع الخاص، فلو بطل فيما عداه لذهب مال الناس باطلاً، بخلاف الشريك المفوض في نوع فإنه ليس فيه ذلك. ينظر: الشركة لشيخنا محمود فرغلي.

(١) ينظر ديوانه ص ٢٢؛ ولسان العرب ٤/٢٩٧ (دور)، ١١/٢٦١ (ذيل)، ١٣/٢٩٠ (عنن)؛ والتنبيه والإيضاح ٢/١٢٤؛ وتهذيب اللغة ١٤/١٥٣، ١٥/١٣، وتاج العروس ١١/٣٣٣ (دور)، (ذيل)؛ وكتاب العين ٨/٥٧؛ وبلا نسبة في مقاييس اللغة ٤/١٩.

(٢) ينظر: ديوانه ص ١٦٤، ولسان العرب (شرك)، (عنن)، وتاج العروس (شرك)، (عنن).

(٣) بل هو للأفوه الأودي في ديوانه ص ١٠؛ ولسان العرب ٧/٢١٠ (فوض)؛ وتاج العروس ١٨/٤٩٦ (فوض)؛ وبلا نسبة في أساس البلاغة ص ٣٥٠ (فوض).

(٤) في أ: فوض.

وأما الكلام في شركة الأَعمال والوجوه، فوجه قول الشافعي ـ رحمه الله ـ أَن الشركة تنبئ عن الاختلاط، ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاف إِلا في الأَموال؛ وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين؛ لأنها وضعت[١] لاستنماء المال بالتجارة؛ لأن نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء إِلى التجارة مختلفون؛ بعضهما أهدى من البعض، فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من أصل يستنمي، ولم يوجد في هذين النوعين؛ فلا يحصل ما وضع له الشركة، فلا يجوز.

ولنا أَن الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الأَعصار من غير إِنكار عليهم من أحد؛ قال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**لاَ تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَىٰ ضَلاَلَةٍ**»[٢] ولأنهما يشتملان على الوكالة، والوكالة جائزة، والمشتمِلُ على الجائز جائز، وقوله: «إن الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعي أصلاً يستنمي، فنقول الشركة بالأَموال شرعت لتنمية المال، وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال، بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إِلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إِلى تنميته، فلما شرعت لتحصيل الوصف؛ فلأن تشرع لتحصيل الأَصل أَوْلَى.

وأما الكلام في الشركة بالأَموال، فأما العنان فجائز بإجماع فقهاء الأَمصار[٣]؛ ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكيرٍ، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ، ولما روي

---

(١) في أ: شرعت.

(٢) تقدم.

(٣) قال الماوردي وشركة العنان: أن يخرج كل واحد منهما مالاً مثل مال صاحبه ويخلطاه فلا يتميز ويإذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين والخسران كذلك فهذه أصح الشرك واختلف الناس لما سميت شركة العنان. قال قوم: لأنهما قد استويا في المال مأخوذاً من استواء عنان الفرسين إذا تسابقا وقال آخرون: إنما سميت شركة العنان لأن كل واحد منهما قد جعل لصاحبه أن يتجر فيما عنّ له أي عرض.

وقال آخرونَ: إنما سميت بذلك لأن كل واحد منهما يملك التصرف في جميع المال كما يملك عنان فرسه فيصرفه كيف يشاء. وشَرِكَةُ العِنَانِ مَبْنِيَّةٌ على الوَكَالَةِ والأَمَانَةِ؛ لأَنَّ كلَّ واحِدٍ منهما بِدَفْعِ المالِ إلى صَاحِبِهِ أَمِنَهُ، وبإِذْنِهِ له في التَّصَرُّفِ وَكَّلَهُ. ومن شَرْطِ صِحَّتِها أن يَأْذَنَ كلُّ واحِدٍ منهما لِصَاحِبِهِ في التَّصَرُّفِ، فإن أَذِنَ له مُطْلَقاً في جَمِيعِ التِّجارَاتِ، تَصَرَّفَ فيها، وإن عَيَّنَ له جِنْساً أو نَوْعاً أو بَلَداً، تَصَرَّفَ فيه دونَ غيره؛ لأَنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإِذْنِ، فَوَقَفَ عليه، كالوَكِيلِ. ويجوزُ لكلِّ واحِدٍ منهما أن يَبِيعَ ويَشْتَرِيَ مُسَاوَمَةً ومُرَابَحة وتَوْلِيَةً ومُوَاضَعَةً، وكيف رَأَى المَصْلَحَةَ؛ لأَنَّ هذا عَادَةُ التُّجّارِ. وله أن يَقْبِضَ المَبِيعَ والثَّمَنَ، ويُقْبِضَهُما، ويُخَاصِمَ في الدَّيْنِ، ويُطَالِبَ به، ويُحِيلَ، ويَحْتَالَ، ويَرُدَّ بالعَيْبِ فيما وَلِيَهُ هو، وفيما وَلِيَ صَاحِبُه. وله أن يَسْتَأْجِرَ من رَأْسِ مالِ الشَّرِكَةِ ويُؤْجِرَ؛ لأَنَّ المَنَافِعَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأَعْيَانِ، فصَارَ كالشِّرَاءِ والبَيْعِ، والمُطَالَبَةُ بالأَجْرِ لهما وعليهما؛ لأَنَّ حُقُوقَ العَقْدِ لا تَخْتَصُّ العَاقِدِ.

ينظر: الحاوي ٦/ ٤٧٣، والمغني (٧/ ١٢٨).

أن أسامة بن شريك جاء إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: أتعرفني؟ فقال ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: **«وَكَيْفَ لاَ أَعْرِفُكَ وَكُنْتَ شَرِيكِي: وَنِعْمَ الشَّرِيكُ؛ لاَ تُدَارِي وَلاَ تُمَارِي»**[١] وأدنى ما يستدل ـ عليه السلام ـ الجواز، وكذا بعث رسول الله ـ ﷺ ـ والناس يتعاملون بهذه الشركة، فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم، والتقرير أحد وجوه السنة؛ ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة. وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعاً، ولأنه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة إجماعاً.

وأما المفاوضة، فأما قول مالك ـ رحمه الله ـ: لا أعرف ما المفاوضة[٢]، فإن عني به لا

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٦٠) كتاب الأدب، باب: «في كراهية المراء»، حديث (٤٨٣٦).
وابن ماجة (٢/ ٧٦٨) كتاب التجارات، باب: «الشركة والمضاربة»، حديث (٢٢٨٧).
وأحمد (٣/ ٤٢٥).
كلهم من طريق إبراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن قائد السائب عن السائب بن أبي السائب المخزومي فذكره بنحوه.
وأخرجه أحمد (٣/ ٤٢٥)، قال: حدثنا أسود بن عامر، قال حدثنا إسرائيل عن إبراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن السائب بن عبد الله. . . فذكره بنحوه.
وهذا إسناد حسن؛ من أجل إبراهيم بن المهاجر فهو صدوق في حفظه لين.
وأخرجه أحمد (٣/ ٤٢٥)، والنسائي في الكبرى في عمل اليوم والليلة كما في التحفة (٣٧٩١).
من طريق آخر عن السائب بنحوه.

(٢) قال الماوردي شركة المفاوضة أن يشتركا في الناض من أموالها كله دون العروض ليرد كل واحد منهما على صاحبه نصف كسبه من المال وغيره ـ فهذه شركة باطلة قال الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: لا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة.
وقال أبو حنيفة ومالك وهو قول الأوزاعي والثوري أن شركة المفاوضة جائزة إذا استوى المالان وكانا مسلمين ويدخل فيها جميع الكسب إلا الميراث ويلزم فيها غرم كل واحد منها إلا الجناية تعلقاً بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وهذا عقد فلزمهما بظاهر هذه الآية الوفاء به.
وروي عن النبي ﷺ: أنه قال «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» فوجب أن يلزمهما ما شرطاه قال: ولأنه نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان ولأن شركة المفاوضة أعم من شركة العنان فعموم الشركة لا يمنع من صحتها. ألا ترى أن شركة العنان قد تكون خاصة في نوع واحد، وتكون تارة عامة إذا تشارطا التجارة في كل نوع فلما جازت في حال عمومها كجوازها في حال خصوصها كذلك شركة المفاوضة. تجوز وإن كانت عامة كجواز غيرها من الشرك الخاصة ولأن الربح في الأموال قد يقابل المال تارة كالشركة وقد يقابل العمل تارة كالمضاربة والربح في شركة المفاوضة لا يخلو من أن يكون مقابلاً للمال أو للعمل ـ ولأيهما قابل وجب أن يجوز.
ودليلنا «نهيه ﷺ عن الغرر» ولا غرر أعظم من المفاوضة فيما يدخل كسباً أو يخرج غرماً لأنها شركة لا تصح مع تفاضل المال فوجب أن لا تصح مع تساوي أصله إذا كان أحدهما مكاتباً أو ذمياً، ولأن كل شركة لا تصح بين المسلم والذمي «والحر والمكاتب» لا تصح بين الحرين المسلمين. =

أعرف معناها في اللغة، فقد بينا معناها في اللغة؛ أنها عبارة عن المساواة، وإن عني به لا أعرف جوازها، فقد عرفنا رسول الله ـ ﷺ ـ الجواز؛ بقوله ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**تَفَاوَضُوا فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ**»؛ ولأنها مشتملة على أمرين جائزين: وهما الوكالة والكفالة؛ لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد؛ وكذا حالة الاجتماع كالعنان؛ ولأنها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة إلى ذلك متحققة، فكانت جائزة كالعنان/ . ٢/٢٤٧ب

وأما الكلام مع الشافعي ـ رحمه الله ـ فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكَفَالة عندكم، والكَفَالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول[1]، وأنها غير صحيحة حالة الانفراد؛ فكذا التي تتضمنها المفاوضة، ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك ـ رحمه الله ـ.

وأما قوله المكفول له مجهول، فنعم، لكن هذا النوع من الجهالة [في عقد الشركة عفو][2]، وإن لم يكن عفواً حالة الانفراد؛ كما في شركة العنان فإنها تشتمل على الوكالة العامة؛ وإن كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد؛ وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وأنها صحيحة.

وإن كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد، فكذا هذا. وكان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً، بل ضمناً للشركة، وقد يثبت الشيء ضمناً وإن كان لا يثبت قصداً، ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً، كعزل الوكيل ونحو ذلك.

= أصله: إذا تفاضلا في المال ولأن ما لم يتفرع عن أصل تناوله عقد الشركة فلم تصح فيه الشركة كالميراث ولأنها شركة لا تصح مع مختلفي الدينين فلم تصح مع متفقي الدينين كشركة العروض فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فهو أنها مخصوصة بنهيه عن الغرر وأما الجواب عن قياسهم على شركة العنان فهو أنه منتقض باشتراك الجماعة في الماء إذا كان لأحدهم جملُ وللآخر سقاء والثالث عامل بيديه ليكونوا شركاء في الكسب فهو نوع شركة وليس فيه ما يصح ثم المعنى في شركة العنان: جوازها بين مختلفي الدينين.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن عمومها لا يمنع من صحتها. فهو أننا لم نمنع منها لعمومها وإنما منعنا منها لدخول الغرر فيها. وأما الجواب عن استدلالهم بأن الربح قد يقابل المال تارة والعمل أخرى فهو أنه يصح إذا انفرد كل واحد منهما بعقد فأما إذا اجتمعا في عقد واحد فلا وهاهنا ـ وقد اجتمعا في عقد واحد فبطل. ينظر: الحاوي ٦/ ٤٧٥ ـ ٤٧٦.

(١) في أ: المجهول.

(٢) في أ: عفو في عقد الشركة.

فصل [في شروط جواز هذه الأنواع]

وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع، فلجوازها شرائط بعضها يعم الأنواع كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض.

أما الشرائط العامة فأنواع:

منها: أهلية الوكالة؛ لأن الوكالة لازمة في الكل، وهي أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال؛ لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع، وتقبل الأعمال مقتضى عقد الشركة، والوكيل هو المتصرف عن إِذن فيشترط فيها أهلية الوكالة [لما علم «كتاب الوَكَالَةِ»][1].

ومنها: أن يكون الربح معلوم القدر، فإن كان مجهولاً تفسد الشركة؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالته[2] توجب فساد العقد؛ كما في البيع والإجارة.

ومنها: أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً، فإن عيناً عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة؛ لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة؛ لجواز أن يحصل من الربح إلا [هذا][3] القدر المعين لأحدهما، فلا يتحقق الشركة في الربح.

وأما الذي يخص البعض دون البعض فيختلف.

أما الشركة بالأموال فلها شروط؛ منها: أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة، وهي التي لا تتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال، وهي الدراهم والدنانير؛ عناناً كانت الشركة أو مفاوضةً، عند عامة العلماء، فلا تصح الشركة في العروض.

وقال مالك ـ رحمه الله ـ: هذا ليس بشرط، وتصح الشركة في العروض[4]، والصحيح

---

(١) في أ: وشرائط أهلية الوكالة تعرف في كتاب الوكالة.

(٢) في أ: وجهالة المعقود عليه.

(٣) سقط في ط.

(٤) قال ابن قدامة لا خِلافَ في أنّه يجوزُ جَعْلُ رَأْسِ المالِ الدَّرَاهِم والدَّنَانِيرَ، فإنَّهما قِيَمُ الأَمْوالِ وأَثْمَانُ البِيَاعاتِ، والناسُ يَشْتَرِكُون بها من لَدُنِ النبيِّ ﷺ إلى زَمَنِنَا مَن غير نَكِيرٍ. فأمَّا العُرُوضُ، فلا تجوزُ الشَّرِكَةُ فيها، في ظَاهِرِ المَذْهَبِ. نَصَّ عليه أحمدُ، في رِوَايَةِ أبي طالِبٍ وحَرْبٍ. وحَكَاهُ عنه ابنُ المُنْذِرِ. وكَرِهَ ذلك ابنُ سِيرِينَ، ويحيى بن أبي كَثِيرٍ، والثَّوْرِيُّ، والشَّافِعِيُّ، وإسحاقُ، وأبو ثَوْرٍ، وأصْحَابُ الرَّأْيِ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ إمَّا أن تَقَعَ على أعْيَانِ العُرُوضِ أو قِيمَتِها أو أثمانِها، لا يجوزُ وُقُوعُها على أعْيانِها؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي الرُّجُوعَ عندَ المُفاصَلَةِ بِرَأسِ المالِ أو بِمِثْلِه، وهذه لا مِثْلَ لها، فَيُرْجَعُ إليه، وقد تَزِيدُ قِيمَةُ جِنْسِ أحَدِهما دونَ الآخَرِ، فَيَسْتَوْعِبُ بذلك جَمِيعَ الرِّبْحِ أو جَمِيعَ المالِ، وقد تَنْقُصُ قِيمَتُه، فَيُؤَدِّي =

قول العامة؛ لأن معنى الوكالة من لوازم الشركة، والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير، فإن من قال لغيره: بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا، لا يجوز، وإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة، لم تجز الشركة.

ولو قال له: اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا، جاز؛ ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة؛ لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن، فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة، وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير؛ لأن رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها، فلا يؤدي إلى جهالة الربح؛ لأن النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ نهى عن ربح ما لم يضمن، والشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن العروض غير مضمونة بالهلاك، فإن من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم، لا يضمن شيئاً آخر، لأن العروض تتعين بالتعيين، فيبطل البيع، فإذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وأنه منهيٌّ؛ بخلاف الدراهم والدنانير، فإنها مضمونة بالهلاك؛ لأنها لا تتعين بالتعيين، فالشركة فيها لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بل يكون ربح ما ضمن.

= إلى أن يُشارِكَهُ الآخَرُ في ثَمنِ مِلْكِه الذي ليس بِرِبْحٍ، ولا على قِيمَتِها؛ لأنَّ القِيمَةَ غيرُ مُتَحقِّقَةِ القَدْرِ، فيُفْضِي إلى التَّنَازُعِ، وقد يُقَوَّمُ الشيءُ بأكْثَرَ من قِيمَتِه، ولأنَّ القِيمَةَ قد تَزِيدُ في أحَدِهِمَا قبلَ بَيْعِه، فيُشارِكُه الآخَرُ في العَيْنِ المَمْلُوكَةِ له، ولا يجوزُ وُقُوعُها على أثْمانِها؛ لأنَّها مَعْدُومَةٌ حالَ العَقْدِ ولا يَمْلِكَانِها، ولأنَّه إن أرَادَ ثَمَنَها الذي اشْتَراهَا به، فقد خَرَجَ عن مِلْكِه وصَارَ لِلْبَائِعِ، وإن أرَادَ ثَمَنَها الذي يَبِيعُها به، فإنَّها تَصِيرُ شَرِكَةً مُعَلَّقَةً على شَرْطٍ، وهو بَيْعُ الأعْيانِ، ولا يجوزُ ذلك. وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى، أنَّ الشَّرِكَةَ والمُضَارَبَةَ تجوزُ بالعُرُوضِ، وتُجْعَلُ قِيمَتُها وَقْتَ العَقْدِ رَأْسَ المالِ. قال أحمدُ: إذا اشْتَرَكَا في العُرُوضِ، يُقَسَّمُ الرِّبْحُ على ما اشْتَرَطَا. وقال الأثْرَمُ: سَمِعْتُ أبا عبدِ الله يُسْأَلُ عن المُضَارَبَةِ بالمَتَاعِ؟ فقال: جائِزٌ. فظَاهِرُ هذا صِحَّةُ الشَّرِكَةِ بها. اخْتَارَ هذا أبو بكرٍ، وأبو الخَطَّابِ. وهو قولُ مالِكٍ، وابنِ أبي لَيْلَى. وبه قال في المُضَارَبَةِ طَاوُس، والأوْزَاعِيُّ، وحَمَّادُ بن أبي سليمانَ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الشَّرِكَةِ جَوازُ تَصَرُّفِهما في المَالَيْنِ جَمِيعاً، وكَوْنُ رِبْحِ المالَيْنِ بينهما، وهذا يَحْصُلُ في العُرُوضِ كَحُصُولِه في الأثْمانِ، فيجب أن تَصِحَّ الشَّرِكَةُ والمُضَارَبَةُ بها، كالأثْمانِ. ويَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منها عندَ المُفَاصَلَةِ بقِيمَةِ مَالِه عند العَقْدِ، كما أنَّنا جَعَلْنَا نِصَابَ زَكَاتِها قِيمَتَها. وقال الشَّافِعِيُّ: إن كانت العُرُوضُ من ذَوَاتِ الأمْثالِ؛ كالحُبُوبِ والأدْهانِ، جَازَتِ الشَّرِكَةُ بها، في أحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأنَّها من ذَوَاتِ الأمْثَالِ، أشْبَهَتِ النُّقُودَ، ويَرْجِعُ عند المُفَاصَلَةِ بِمِثْلِها. وإن لم تَكُنْ من ذَوَاتِ الأمْثَالِ، لم يَجُزْ، وَجْهاً واحِداً؛ لأنَّه لا يمكنُ الرُّجُوعُ بِمِثْلِها. ولَنا، أنَّه نَوْعُ شَرِكَةٍ، فاسْتَوَى فيها مَالَهُ مِثْلٌ من العُرُوضِ وما لا مِثْلَ له، كالمُضَارَبَةِ، وقد سَلَّمَ أنَّ المُضَارَبَةَ لا تجوزُ بشيءٍ من العُرُوضِ، ولأنَّها ليست بِنَقْدٍ، فلم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ بها، كالذي لا مِثْلَ له.

ينظر: المغني (٧/ ١٢٣ ـ ١٢٤).

والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه، حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين، وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة، فتجوز بلا خلافٍ.

ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض، فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخالطا جميعاً حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما، ثم يعقدان عليهما عقد الشركة، فيجوز.

وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة؟ ذكر في «كتاب الشركة» وجعله كالعروض، وفي «كتاب الصرف» جعله كالأثمان المطلقة؛ لأنه قال فيه إذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد، والأمر فيه موكول إلى تعامل الناس، فإن كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الأثمان المطلقة فتجوز الشركة بها، وإن كانوا لا يتعاملون بها فحكمها/ حكم العروض، ولا تجوز فيها الشركة. ٢/٢٤٨أ

وأما الفلوس فإن كانت كاسدة فلا تجوز الشركة[١]. ولا المضاربة بها؛ لأنها عروض، وإن كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد تجوز، والكلام فيها مبني على أصل، وهو أن الفلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً بإصلاح العاقدين، حتى جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما.

فأما إذا لم تكن أثماناً مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات، لم تصلح رأس مال الشركة[٢] كسائر العروض، وعند محمد الثمنية لازمة للفلوس النافقة، فكانت من الأثمان المطلقة، ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين، فتصلح رأس مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير.

---

(١) ولا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ بالفُلُوسِ. وبهذا قال أبو حنيفةَ، والشَّافِعِيُّ، وابنُ القاسِم صَاحِبُ مالِكٍ. ويَتَخَرَّجُ الجَوَازُ إذا كانت نَافِقَةً؛ فإنَّ أحمدَ قال: لا أرَى السَّلَمَ في الفُلُوسِ؛ لأنَّه يُشْبِهُ الصَّرْفَ. وهذا قولُ محمدِ ابن الحسنِ، وأبي ثَوْرٍ؛ لأنَّها ثَمَنٌ، فجازَتِ الشَّرِكَةُ بها، كالدَّرَاهِم والدَّنَانِيرِ. ويَحْتَمِلُ جَوَازُ الشَّرِكَة بها على كُلِّ حالٍ، نَافِقَةً كانت أو غيرَ نَافِقَةٍ، بِنَاءً على جَوَازِ الشَّرِكَةِ بالعُرُوضِ. ووَجْهُ الأَوَّلِ، أنَّها تَنْفُقُ مَرَّةً وتَكْسُدُ أُخرَى، فأَشْبَهَتِ العُرُوضَ. ووَجْهُ الأَوَّلِ، أنَّها تَنْفُقُ مَرَّةً وتكْسُدُ أُخرَى، فأَشْبَهَتِ العُرُوضَ، فإذا قُلْنا بِصِحَّةِ الشَّرِكَةِ بها، فإنَّها إن كانت نَافِقَةً كان رَأْسُ المالِ مِثْلَها، وإن كانت كاسِدَةً، كانت قِيمَتُها كالعُرُوضِ.

ينظر: المغني (٧/ ١٢٥).

(٢) في أ: للشركة.

وروي عن أبي يوسف أَنه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة. ووجهه أَن المانع من جواز المضاربة [بها][(١)] جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد؛ لأنه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة، فإذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن، وهذا المعنى لا يوجد في الشركة، لأنهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدداً لا قيمة، فكان الربح معلوماً.

وأما الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت، فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعاً؛ لأنها إنما تتعين بالتعيين إذا كانت عيناً، فكانت كالعروض؛ لأن الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط؛ ألا يرى أنه لو قال آخر قبل الخلط: بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا، لم يجز، وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد.

وأما بعد الخلط، فإن كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعاً؛ لأن الحنطة إذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمناً، بدليل أن مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها، وإن كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح، وَإنما تصير شركة ملك، وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط. وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثاً فخلطاه واشتريا به.

فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين، وعلى قول محمد على ما شرطا، فقول أبي يوسف مطرد على الأَصل الذي ذكرنا أن المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثماناً على كلِّ حالٍ، بل تكون تارة ثمناً وتارة مبيعاً؛ لأنها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس.

ووجه التخريج لمحمد أن معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط، فأشبهت الدراهم والدنانير؛ بخلاف ما قبل الخلط؛ لأن الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط، والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما، ثم يعقدا عليها عقد الشركة، فيجوز عنده أيضاً.

ومنها: أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً ولا مالاً غائباً، فإن كان لا تجوز؛ عناناً كانت أو مفاوضةً؛ لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف، ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب، فلا يحصل المقصود، وإنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند

---

(١) سقط في ط.

العقد، لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده، حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم، فقال له: أخرج مثلها واشتر بهما وبع، فما ربحت يكون بيننا، فأقام المأمور البينة أنه فعل ذلك، جاز، وإن لم يكن المال حاضراً من الجانبين عند العقد لما كان حاضراً عند الشراء.

وهل يشترط خلط المالين، وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم؟

قال أصحابنا الثلاثة: لا يشترط.

وقال زفر: يشترط، وبه أخذ الشافعي ـ رحمه الله[1]، وعلى هذا الأصل يبني ما إذا كان المالان من جنسين؛ بأن كان لأحدهما دراهم والآخر دنانير، أن الشركة جائزة عندنا؛ خلافاً لهما؛ وكذلك إذا كانا من جنس واحد، لكن بصفتين مختلفتين؛ كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء، وعلة ذلك في شركة العَنان فهو على هذا الخلاف.

وروي عن زفر أن الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان، ولكن الطحاوي ذكر أنه شرط فيهما عند زفر.

وجه قوله: أن الشركة تنبئ عن الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة، ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالين، وما هلك/ قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة، وهذا ليس من مقتضى الشركة. ٢/٢٤٨ب

ولنا أن الشركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط؛ كذا الشركة.

وأما قوله الشركة تنبئ عن الاختلاط، فمسلم، لكن على اختلاط رأسي المال أو على

---

(١) ولا يُشْتَرَطُ اخْتِلَاطُ المالَيْنِ، إذا عَيَّنَاهُما وأَحْضَرَاهُما. وبهذا قال أبو حنيفةَ ومالِكٌ، إلاَّ أنَّ مالِكاً شَرَطَ أن تكونَ أَيْدِيهما عليه، بأن يَجْعَلاهُ في حانُوتٍ لهما، أو في يدِ وَكِيلِهما. وقال الشَّافِعِيُّ: لا يَصِحُّ حتى يَخْلِطَا المالَيْنِ؛ لأنهما إذا لم يَخْلِطَاهُما فمالُ كلِّ واحدٍ منهما يَتْلَفُ منه دونَ صَاحِبِه، أو يَزِيدُ له دون صَاحِبه، فلم تَنْعَقِد الشَّرِكَةُ، كما لو كان من المَكِيلِ. ولَنا، أنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ به الرِّبْحُ، فلم يُشْتَرَطْ فيه خَلْطُ المالِ، كالمُضَارَبَةِ، ولأنَّه عَقْدٌ على التَّصَرُّفِ، فلم يكُنْ من شَرْطِه الخَلْطُ كالوَكَالَةِ. وعلى مالِكٍ، فلم يَكُنْ مِن شَرْطِه أن تكونَ أَيْدِيهما عليه، كالوَكَالَةِ. وقولُهم: إنَّه يَتْلَفُ من مالِ صاحِبه، أو يَزِيدُ على مِلْكِ صَاحِبِه. مَمْنُوعٌ، بل ما يَتْلَفُ من مَالِهما وزِيَادَتُه لهما؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ اقْتَضَتْ ثُبُوتَ المِلْكِ لكلِّ واحدٍ منهما في نِصْفِ مالِ صَاحِبِه، فيكونُ تَلَفُه منهما، وزِيَادَتُه لهما. وقال أبو حنيفةَ: متى تَلِفَ أحدُ المالَيْنِ، فهو من ضَمَانِ صَاحِبِه. ولَنا، أنَّ الوَضِيعَةَ والضَّمَانَ أحَدُ مُوجِبَي الشَّرِكَةِ، فتَعَلَّقَ بالشَّرِيكَيْنِ، كالرِّبْحِ، وكما لو اخْتَلَطَا.

ينظر المغني ٧/ ١٢٦ ـ ١٢٧.

اختلاط الربح، فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة، فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال، واختلاط الربح يوجد وإن اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة؛ لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة.

وأما ما هلك من أحد المالين قبل الخلط، فإنما كان من نصيب صاحبه خاصة؛ لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة، فلا تعتبر؛ حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعاً؛ لأنه هلك بعد تمام العقد.

وأما تسليم رأس مال كل واحد منهما إلى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه، فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعاً، وأنه شرط لصحة المضاربة، والفرق بينهما يذكر في «كتاب المضاربة».

ومنها: ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة؛ بأن يكونا حرين عاقلين؛ لأن من أحكام المفاوضة أن كل ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه، لما نذكر، فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهليه الكفالة تطلب من «كتاب الكَفَالة».

ومنها: المساواة في رأس المال قدراً، وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلافٍ، حتى لو كان المالان متفاضلين قدراً لم تكن مفاوضة؛ لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة، فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن؛ وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحاً والآخر مكسرة، أو كان أحدهما ألفاً بيضاء والآخر ألفاً سوداء، وبينهما فضل قيمة في الصرف، لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة؛ لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن، فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد.

وروى إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف أن إحدى الألفين إذا كانت أفضل من الأخرى، جاز. وكانت مفاوضة؛ لأن الجودة في أموال الربا لا قيمة لها شرعاً عند مقابلتها بجنسها، فسقط اعتبار الجودة، فصار كأنهما على صفة واحدة، وهل تشترط المجانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير.

فعلى الرواية المشهورة لا تشترط، حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استويا في القيمة، ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة، وروي عن أبي حنيفة ـ عليه الرحمة ـ أنه لا تكون مفاوضة وإن استويا في القيمة.

وجه هذه الرواية أَن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة؛ لأن القيمة

تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقومين، فلا تعرف بالمساواة، والصحيح هو الرواية المشهورة؛ لأنها من جنس الأَثمان، فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية.

ومنها: أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة، ولا يدخل في الشركة؛ فإن كان لم تكن مفاوضة؛ لأن ذلك يمنع المساواة، وإِن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين، جازت المفاوضة؛ وكذا المال الغائب؛ لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلةٍ، وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأَزواج[1] والأَولاد.

ومنها: المساواة في الربح في المفاوضة، فإن شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة.

ومنها: العموم في المفاوضة، وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكة؛ لما في الاختصاص من إِبطال معنى المفاوضة؛ وهو المساواة، وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد ـ عليهما الرحمة ـ أَنه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي، لأن الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم، وهي التجارة في الخمر والخنزير، فلم يستويا في التجارة، فلا يتحقق معنى المفاوضة، وعند أبي يوسف يجوز لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة، وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة.

وأما مفاوضة المسلم والمرتد فقد ذكر الكرخي أنها غير جائزة؛ وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة ـ رحمهم الله ـ؛ لأن تصرفات/ المرتد [متوقفة عنده][2] لوقوف أملاكه، فلا يساوي المسلم في التصرف، فلا تجوز؛ كما لا تجوز بين المسلم والذمي. ٢/ ٢٤٩أ

وذكر محمد في الأَصل وقال: قياس قول أبي يوسف أَنه يجوز، يعني: قياس قوله في الذمي، ولأبي يوسف أَنه يفرق بينهما من حيث إِن ملك المرتد ناقص؛ لكونه على شرف الزوال، ألا ترى أَن قاضياً لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه، وإِذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب، بخلاف الذمي، ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخي أَنها لا تجوز.

وقال القدوري ـ رحمه الله ـ وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر.

وأما أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع، وَإِنما المانع نقصان الملك والتصرف، وهذا لا

---

(١) في أ: الأرباح.

(٢) في أ: موقوفة عند أبي حنيفة.

يوجد في المرأة، وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة؛ على ما أصله في عقود المرتد أنها موقوفة، فإن أسلما جاز عقدهما، وإن قتلا على ردتهما أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل، وأما على قولهما فشركة العنان جائزة؛ لأن عقودهما نافذة، وأما مفاوضتهما فقد ذكر القدوري - رحمه الله - وقال: ينبغي أن لا يجوز؛ أما عند أبي يوسف فلأن نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب، وملكهما ناقص لما ذكرنا، فصارا كالمكاتبين.

وأما عند محمد فلأن المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت، وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث، والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق، وإن شارك مسلم مسلماً ثم ارتد أحدهما، فإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة، وإن رجع قبل ذلك فهما على الشركة؛ لأنه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه - عند أبي حنيفة، من حين ارتد، فكأنه مات فبطلت شركته، وإن أسلم فقد زال التوقف وجعل كأن الردة لم تكن، ولهذا قال أبو حنيفة أن المرتد منهم إذا أقر ثم قتل لم يلزم إقراره شريكه؛ لأن الملك يحكم بزواله من وقت الردة، فقد أقر بعد بطلان الشركة.

وأماعلى قولهما فإقراره جائز على شريكه؛ وكذا بيعه وشراؤه؛ لأن الشركة عندهما، إنما بطلت بالقتل أو باللحاق، فكانت باقية قبل ذلك، فنفذ تصرفه وإقراره، ويكره للمسلم أن يشارك الذمي؛ لأن يباشر عقوداً لا تجوز في الإسلام، فيحصل كسبه من محظور فيكره؛ ولهذا كره توكيل المسلم الذمي؛ ولو شاركه شركة عنان جاز، كما لو وكله.

ومنها: لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة؛ كذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا تصح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة، وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ[١] المفاوضة، أو عبارة أخرى تقوم مقامها، والعوام قلما يقفون على ذلك، وهذه العقود في الأعم الأغلب تجري بينهم، فإن كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح، وإن لم يذكر لفظها[٢] لأن العبرة في العقود لمعانيها لا عَيْنِ الألفاظ، وفي كل موضع فقد شرط من الشروط [المختصة][٣] بالمفاوضة كانت الشركة عناناً؛ لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان؛ ولأن فقد شرط في عقد إنما يوجب بطلانه إذا كان العقد ما يقف صحته عليه، ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه.

---

(١) في أ: لفظة. (٢) في أ: لفظة المفاوضة.

(٣) سقط في ط.

وأما شركة العنان فلا يراعي لها شرائط المفاوضة، فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب، ولا المساواة بين رأسي المال، فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه، ولا أن يكون في عموم التجارات، بل يجوز عامًّا، وهو أن يشتركا في عموم التجارات، وخاصًّا وهو أن يشتركا في شيء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك، لأن اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة، ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضات؛ لأن اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة، ولم يشترط في العنان فلا حاجة إلى لفظة المفاوضة، ولا إلى لفظة العنان أيضاً، لأن كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه، بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح، فيجوز متفاضلاً ومتساوياً لما قلنا.

والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان/ أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء رأس المال، فيكون لمالكه؛ ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة، وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله، فكذا الشريك. ٢/٢٤٩د

وَأما بالضمان فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان؛ يقول النبي ـ عليه الصّلاة والسلام ـ: «**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[1] فإذا كان ضمانه عليه، كان خراجه له.

والدليل عليه أَن صانعاً تقبل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك، طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق، بدليل أن مَنْ قال لغيره: تَصَرَّفْ في ملكك على أن لي بعض ربحه، لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان.

إذا عرف هذا فنقول: إذا شرطا الربح على قدر المالين؛ متساوياً أو متفاضلاً، فلا شك أَنه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما، والوضيعة على قدر المالين متساوياً ومتفاضلاً؛ لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال.

وَإن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلاً على ربح، ينظر: إن شرطا العمل

---

(١) تقدم.

عليهما جميعاً، جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: لا يجوز أن يشترط لأحدِهما أكثر من ربح مَالِهِ، وبه أخذ الشافعي ـ رحمه الله ـ ولا خلاف في شَرِكة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدْر المال، حتى لو شرط الشّريكان في ملك ماشية لأحدهما فضلاً من أولادهما وألبانها[1] ـ لم تجز بالإِجْمَاع، والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصْل؛ وهو أن الربح عنده لا يستحق إِلا بالمال؛ لأنه نماء الملك[2]، فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان.

وأما عندنا: فالربح تارة يستحقّ بالمال وتارة بالعَمَل وتارة بالضَّمَان على ما بيَّنا، وسواء عملا جميعاً، أو عمل أحدهما دون الآخر ـ فالربح بينهما يكون على الشرط؛ لأنَّ استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشَرْط العمل لا بوجود العمل؛ بدليل أن المضَارب إِذا استعان برب المال استحقّ الربح، وإِن لم يوجد منه العمل؛ لوجود شَرْط العمل عليه، والوضيعة على قدر المالين لما قلنا.

وإِن شرطا العمل على أحدهما؛ فإِن شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح ـ جاز والرِّبح بينهما على الشرط، فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله؛ وإِن شرطاه على أقلهما ربحاً لم يجز، لأن الذي شرط[3] له الزيادة ليس له من الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان، وقد بينَّا أن الرِّبح لا يستحق إِلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة.

وإِن كان المالان متفاضلين وشرطَا التساوي في الربح ـ فهو على هذا الخلاف أن ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة، إِذا شرطا العمل عليهما، وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله، وأَنه جائز، وعلى قول زفر: لا يجوز، ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده.

وإِن شرطا العَمَل على أحدهما؛ فإِن شرطاه على الذي رأس مالِهِ أقل ـ جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله؛ وإِن شرطاه على صاحب الأكثر لم يجز؛ لأن زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مالٌ ولا عمل ولا ضمان، وأما العلم بمقدار رأس المالِ وقت العقد ـ فليس بشرط؛ لجواز الشركة بالأموال عندنا، وعند الشافعي ـ رحمه الله ـ شرط.

وجه قوله: أن جهالة قدر رأس المال تؤدي إِلى جَهَالة الربح، والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد، فكان العلم بمقدار رأس المال شرطاً.

---

(١) في أ: أو ألبانها. (٢) في أ: نماء المال.
(٣) في ط: شرطاً.

ولنا: إن الجَهَالة لا تمنع جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة، وجهالة رأس المال وقت العقد لا تُفْضي إلى المنازعة؛ لأنه يعلم مقداره ظاهراً وغالباً؛ لأن الدَّراهم والدنانير توزنان وقت الشراء فيعلم مِقْدَارها، فلا يؤدي إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة.

وأما الشّركة بالأَعمال، فأما المفاوضَة منها فمن شرائطها أهلية الكفالة، ومنها التَّساوي في الأجر، ومنها مراعاةُ لفظ المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالأموال، أما العنَان منها فلا يشترط لها شيءٌ من ذلك؛ وإنما تشترط أهلية التَّوكيل فقط.

كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة ـ رحمهما الله ـ أنه قال: ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة؛ وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة؛ وعلى هذا تخرج الشركة بالأعمال في المباحات من الصَّيْد والحطب والحشيش في **البراري** وما يكون في الجبال من/ الثمار، وما يكون في الأرْض من المعادن وما أشبه ذلك؛ بأن اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا[1] الماء ويبيعانه، على أن ما أصاب من ذلك فهو بينهما أن الشركة فاسدة؛ لأن الوكالة لا تَنْعَقد على هذا الوجه. ٢/ ٢٥٠أ

ألا ترى أنه لو وكل رجلاً ليعمل له شيئاً من ذلك ـ لا تصح الوكالة، كذا الشركة؛ فإن تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك منفرداً، كان المأخوذ ملكاً له؛ لأن سبب ثبوت الملك في المُبَاحات الأخذ والاستيلاء، وكل واحد منهما انفرد بالأخذ والاستيلاءِ فينفرد بالملك، وإن أخذاه جميعاً معاً، كان المأخُوذ بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، فإن أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه؛ فإن كان مما يكال أو يوزن، يقسم الثَّمن بينهما على قدر الكيل والوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، قسم الثمن بينهما بالقيمة، يضرب كلّ واحد منهما بقيمةِ الذي له؛ لأنَّ المكيل والموزون من الأشياء المتماثلة، فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن، فأمَّا غير المكيل والموزون من الأشياء المتفاوتة[2]، فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها، وإن لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما. فيما يدعيه[3] إلى النِّصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه؛ لأنَّ الشيء في أيديهما، واليد دليل الملك من حيث الظَّاهر، والتَّساوي في دليل الملك يوجب التَّساوي في الملك؛ فإن ادعى أكثر من النِّصف، لا يقبل قوله إلا ببينة؛ فإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بالجمع والربط ـ فذلك كله للعامل، ولا شيء للمعين؛ لوجود السبب من العَامِل دون المعين، وللمعين أجر مثله لا يجاوز

(١) في أ: يسقيا. (٢) في أ: المتقاربة.
(٣) في أ: يدعي.

به [قدر المسمَّى له][١] من النصف والثلث، ونحو ذلك في قول أبي يوسف، وقال محمَّد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ.

أما وجوب أجر المثل للمعين؛ فلأنه استوفى منفعته بعقد فاسد، وأنه يوجب أجْر المثل، ثم قال أبو يوسف: لا يتجاوز به قيمة ما سمى وقاسَه على سائر الإجارات الفاسدة؛ لأنه لا يزاد على المسمَّى هناك؛ كذا هذا هنا، والجامع بينهما: أنه رضي بأنه لا يكون له زيادة على المسمَّى، فلا يستحق [الزيادة][٢]، وصار كمن قال لرجل: بع هذا الثَّوب على أن لك نصف ثمنه، فباعه ـ كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا.

وفرق محمَّد بين هذا وبين سائر الإجارات الفَاسِدَة؛ بأن المسمى هناك قدر معلوم من الأجرة، فكان الرضا به إسقاطاً لما زاد عليه، والمسمَّى هنا ليس بمعلوم، بل هو معدوم؛ لأنه ما سمى إلا نصف الحطب أو ثلثه، والرضا بغير المَعْلُوم لا يتحقق، فلم تكن هذه التَّسمية مسقطة الزيادة على المسمَّى من أجر مثله، وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة إذا ربح المضَارب فيها ـ أن له أجر مثله لا يتجاوز به المسمَّى من الرِّبح في قول أبي يوسف؛ وإن لم يكن له رِبحٌ، فلا شيء له، وعند محمَّد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، ربح أو لم يربح، وستأتي المسألة في كتاب المضاربة.

ولو أنَّ رجلاً أجلس في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف، فالقياسُ ألاَّ تجوز هذه الشّركة، لأنها شركة العروض؛ لأنَّ من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت، والحانوت من العروض، وشركة العروض غير جائزة، وفي الاستحسان جائزة؛ لأنَّ هذه شركة الأعمال؛ لأنها شركة التقبل، وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل، وشركة الأعمال جائزةٌ بلا خلاف بين أصحابنا؛ لأن مبناها على الوكَالة، والوكَالة على هذا الوجه جائزة، بأن يوكل خياطٌ أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة؛ وكذا يجوز لكل صانعٍ يعمل بأجر أن يوكل وكيلاً يتقبل العمل؛ فإن كان لهما كلب فأرسلاه جميعاً، كان ما أصاب بينهما؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

ولو كان الكلب لأحدهما وكان في يده فأرسلاه جميعاً، فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة؛ لأن إرسال الأجنبي لا عِبْرَة به مع إرسال المالك، فكان ملحقاً بالعدم كأن المالك أرسله وحده.

وإن كان لكل واحد منهما كلب، فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيداً واحداً ـ كان بينهما نصفين، لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق؛ وإن أصاب كلب كل واحد منهما صيداً

---

(١) في أ: قيمة ما سمى له.

(٢) سقط في ط.

على حدة، كان له خاصة؛ لأنه ملكه بفعله فاختص به. وعلى هذا يخرج ما إذا اشترك رَجُلان ولأحدهما بغل وللآخر بَعِيرٌ ـ على أن يؤاجرا/ ذلك؛ فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، ٢/ ٢٥٠ب فآجراهما بأجر معلوما في عمل معلوم وحمل معلوم ـ أن هذه الشركة فاسدة، ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير.

أما فساد الشركة، فلأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح، ألا ترى أن من قال لآخر: أجر بعيرك على أن تكون الأجرة بيننا ـ لا تصح الوكالة؛ كذا الشركة؛ ولأن الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها.

وأما قسمة الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البَعِير؛ فلأن الشركة إذا فسدت فالإِجَارة صحيحة؛ لأنها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم، ومن حكم الأجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين، وإن لم يُؤَاجر البغل والبعير، ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدلٍ معلوم، فحملا الحمولة على ذلك فالأجر بينهما نِصْفَين؛ لأن هذه شركة العمل؛ لأن الحمل صار مضموناً عليها بالعقد بمنزلة علم الخياطة والقصارة، فكان البدل بينهما على قدر الضَّمان، وقد تساويا في الضَّمان فيتساويا في الأجرة، ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل؛ كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشَّريكين في شركة الصنائع؛ لأن البدل يقابل الضَّمان، والبغل والبعير هنا آلة إيفاء العمل؛ ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل؛ وكذا إذا آجر البغل بعينه، كانت الأجرة لصاحب البغل لا لصَاحِب البعِير؛ لأن العقد وقع على منَافِع البعير والبغل بإذن مالكهما، فكانت الأُجرة له؛ فإن كان الآجر أعانَهُ على الحمولة والنقلان، كان للذي أعانه أجر مثله؛ لأنه اسْتَوفى منفعة شريكه بعقد فاسد.

ثم عند أبي يوسف: لا يجاوز به نصف الأجر الذي آجر به في قول أبي يوسف. وقال محمد: له مثله بالغاً ما بلغ، على ما ذكرنا في شركة الاحتطاب.

قصاران لأحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشْتَرَكَا على أن يعملا **بأداة هذا في بيت هذا** على أن الكسب بينهما نصفان ـ كان ذلك جائزاً، وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون؛ لأنَّ الأجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة، وقد صار العمل مضموناً عليهما، فكان بدله لهما وكان أحدهما معيناً للآخر بنصف الآلة والآخر معيناً له بنصف الدكَّان، وهو نظير المسألة المتقدمة، وهي أن يتقبَّلا حمولة ويحملاها على دابتها.

ولو اشتركا ولأحدهما دابة وللآخر **إِكَافٌ وجُوَالقان**[1]، على أن يؤاجرا الدابة، على أن

(١) الجُوَالق: الغِرَارَةُ. ج: جَوَالِقُ.

أجرهما بينهما نصفين ـ كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها، وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعاً، أما فساد الشركة فلما ذكرنا أن الوكالة على هذا الوجه لا تصحُّ كذا الشركة، وأما الأجْر فلأنه بدل منَافِع الدابة، فكانت لصاحبها وقد استَوْفى منافع آلة الآجر بعقدة فاسد، فكان عليه أجر مثلها؛ ولو دفع دابة إلى رجل ليؤاجرها على أن الأجر بينهما، كان [ذلك][1] فاسداً والأجر لصاحب الدَّابة وللآخر[2] أجر مثله، وكذلك السفينة والبيت؛ لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصحُّ، فلا تصح الشركة والأجر لصاحب الدابة؛ لأنَّ العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجُل أجر مثله؛ لأنَّ صاحب الدابة استوفى منافعها بعقدٍ فاسد، ولو كان دفع إليه الدابة ليبيع عليها الطعام، على أن الرّبح بينهما نصفان ـ كان فاسداً، والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدَّابة أجر مثلها.

وكذا البيت؛ لأن الكَسْب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد، فكان عليه أجرها، ولا يشتَرط لصحة هذه الشركة اتّفاق العمل، ويجوز إن اتفقت أعمالها أو اختلفت كالخيَّاط مع القصَّار ونحو ذلك، وهذا قول أصحابنا.

وقال زفر: لا تجُوز هذه الشركة إلاَّ عند اتفاق الصنعة كالقصَّارين والخياطين؛ بناء على أن الشركة تجُوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعَمَلين المختلفين، وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين، فكذا بالعملين المختلفين، والصَّحيح قولنا؛ لأن استحقاق الأجر في هذه الشّركة بضمان العمل، والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الشَّركة بالوجوه فشرط المفاوضة، منها أن يكونا من أهل الكفالة ومنها أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نِصفه، وأن يكون المشتري بينهما نصْفَين، وأن يكون الرِّبح بينهما نصفين، ومنها أن يتلفَّظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا[3] فيما تقدم بتمامه.

وأما شركة العنان منها فلا يشترط لها أَهلية الكفالة، ولا المساواة بينهما في ملك المشتري، حتى لو اشْتَركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً/ ٢/ ٢٥١أ، وكيفما شرطا على التَّساوي والتفاضل ـ كان جائز وضمان ثمن المشْتَري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري، والربح بينهما على قدر الضَّمان؛ فإن شرطا لأحدهما فضل ربح على حصّته من الضمان، فالشَّرط باطل، يكون الرِّبح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري؛ لأنّ الربح في هذه الشركة إنَّما يستحق بالضَّمان، فيتقدر بقدر الضمان؛ فإذا شرط لأحدهما أكثر من حصّته من الضمان، ونصيبه من الملك فهو شرط [ملك من غير ربح][4] ولا ضمان فلا يجوز.

---

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: وللآجر.
(٣) في أ: ذكرنا.
(٤) في أ: ربح من غير ملك.

فإن قيل: الربح كما يستحق بالملك والضَّمان يستحق بالعمل، فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل؛ كالمضارب والشَّريك شركة العنان ـ فالجواب أن هذا مسلم إذا كان العمل في مال معلُوم؛ كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا، فلا يستحق كمن قال لآخر: أدفع إِليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف، ولم يعين الألف ـ أنه لا تجُوز المضاربة؛ لأنه لم يشْتَرط العمل في مال معين.

فصل [في حكم شركة الإِملاك]

وأما حكم الشَّركة، فأما شركة الأمْلاَك فحكمها في النوعين جميعاً واحد، وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صَاحِبه ـ لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه؛ لأن المطْلَق للتصرُّف الملك أو الولاية، ولا [ملك][1] لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة، ولم يوجد شيء من ذلك، وسواء كانت الشَّركة في العين أو الدّين لما قلنا.

ولو كان بين رَجُلين دين على رجل من ثمن عبد باعَاهُ، إما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه إياه، أو استهلك الرَّجل عليهما شيئاً قيمته ألف درهم، أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه، فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فللآخِر أن يشاركَه، فيأخذ منه نِصْف ما قبضه.

والأصل في هذا: أن الدين المشترك الثابت للشَّريكين بسبب واحد، إذا قبض أحدهما شيئاً منه ـ فللآخر أن يشاركه في المقبوض؛ لأن المقبوض مقبوض من النصيبين، إذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدّين قبل القبض، وأنه غير جائز؛ لأنَّ معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقَّق فيما في الذمة، فلا يتصوّر فيه القسمة؛ ولهذا لم تصحّ قسمة العين من غير تمييز كصبرةٍ من طعام بين شريكين؛ قال أحدهما لصاحبه، خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجَانب ـ لا يجُوز لانعدام التمييز؛ فإذا لم يصحَّ في العين من غَيْر تمييز ففي الدّين أولَى؛ ولأن القسمة فيها معنى التمليك؛ لأن ما من جزأين إلا وأحدهما ملكه والآخر ملك صَاحِبه، فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه، وبعضهُ عوضاً عن ملكه، فكان قسمة الدين تمليك من غير مَنْ عليه الدين، وأنه غير جائزٌ، فجعل المقبوض من النَّصيبين جميعاً؛ لئلاَّ يؤدي إلى ما قلنا، وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه، بأن يقول: أنا أعيك مثل نِصْف الدين؛ لأن نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه، فكان عين حقِّه فلا يملك القَابِض منعه، وسواء كان المقْبُوض مثل حقّه أو أجود أو أردأ.

أما إذا كان أجودَ من حقه؛ فلأن الجوْدَة لا عبرة بها في الجنس الواحد، ألا ترى أن من

(١) سقط في ط.

عليه الرديء إذا أعطي الجيد يجبر صاحب الدَّين على القبول، فكان قبضته قبضاً لعين الحق، وإن كان أردأ فقبض الرديء عن الجيد جائز؛ لأنه من جنس حقه، وما قبض الشَّريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم، ويكون ما على الغَرِيم بينهما على قدر ذلك من الدّين، حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما، فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها ـ كان للقابض ما بقي له على الغريم، وذلك مائتان وخمسون، وتكون الشّركة باقية في الدين كما كانت؛ لأنه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قَبْضه في نصف ما قبض، وبقي البَاقي من دينه على حاله.

فإن أخرجه القابض عن يده، بأن وهبَهُ أو باعه أو قَضَى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجُوه ـ فلشريكه أن يضْمَنه نصف ما قبض؛ لأنه أتلف عليه [نصف][1] ما قبضه من نصيبه، فكان له أن يضْمَنه.

فإن لم يقبض أحد الشريكين شيئاً، ولكن أبرأ الغريم من حصَّته ـ جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً؛ لأنه لم يقبض شيئاً من الدين، بل أتلف حصَّته لا غير فلا يضمن، فإن أبرأه أحدُهما عن مائة درهم، ثم خرج من الدين شيء ـ اقتسماه بينهما على قدْر مال كل واحدٍ منا على الغَرِيم، فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم؛ لأن أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين/ أربعمائة، ولشريكه خمسمائة فيضربان في قَدْر المقْبُوض بتسعةِ أسهم.

٢/٢٥١ب

وكذلك إذا كانت البراءة بعد القَبْض قبل أن يقتسما؛ لأن القَسِمَة تقع على قدر حقهما، فإن اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغَرِيم من مائة درهم فالقسمة ماضية، ولا ينقض إبراؤه بعد القِسْمَة شيئاً مما اقتسماه؛ لأنهما اقتسما وملكهما سواءٌ، فزوال المساواة بعد ذلك لا يَقْدَح في القسمة.

ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشترى بنصيبه ثوباً من الغريم ـ فللشَّريك أن يضمنه نصف ثمن الثَّوب ولا سبيل له على الثَّوب؛ لأنَّه إنما اشترى الثوب بثمن في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم؛ لأنه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته، وله في ذمة الغريم مثله، فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه، فصار كأنه قبض نصف الدين، فلا يكون له على الثَّوب سبيل.

فإن اجتمعا على الشركة في الثوب فهو جائز؛ لأنَّه وجب عليه نصف ثمنه، فإذا سلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به ـ صار كأنه باع نصف الثوب منه، فإن لم يشتر بحصته شيئاً ولكن

---

(١) سقط في ط.

صالحه من حقه على ثوب وقبضه، ثم طالبه شريكه بما قبض - فإن القابض بالخيار إن شاء سلم إليه نصف الثوب وإن شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك إلى القابض؛ لأن الصُلح لم يوجب شيئاً على المصالح؛ لأنه عقد تبرع بمنزلة الهبة والإبراء بخلاف الشراء، إلا أنه قبض ثوباً عن الدين المشترك، فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك، وله أن يقول: أنا أعطيكَ نصف حقِّك من الدين؛ لأنه لا حقّ لك فيما زاد على ذلك، وللشريك في هذه الوجوه كلّها أن يسلم للشريك ما قبضه، ويرجع بدينه على الغَريم؛ لأنَّ من حجته أن يقول: ديني قد ثبت عليك بعقد المُدَاينة، فتسليمك إلى غيري لا يسقط مَالِي في ذمتك.

فإن سلم للشَّريك ما قبض ثم [توى[1] الذي][2] على الغريم، فله أن يرْجع على الشَّريك، ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما إذا لم يسلم إلا وجهاً واحداً؛ وهو أنه إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدَّراهم بعينها - لم يكن له ذلك، ولصَاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها؛ لأن المقْبُوض في الأصل كان عن حقٍّ مشترك، وإنما مسلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما في ذمَّة الغريم، فإذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان، إلا أنه ليس له في هذا الوجه أن يرجع إلى عين تلك الدراهم؛ لأنه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها، فسقط حقه عن عينها، وإنما تجدد له ضمان آخر **بتواء** ماله، فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون؛ فإن آخر أحدهما نصيبه، لم يجز تأخيرُه في قول أبي حنيفة رحمه الله، ، ويجوز عند أبي حنيفة ومحمد، ولا خلاف في أنه لا يجوز تأخيرُهُ في نصيب شريكه؛ لأنه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه، وأما في نصيب شريكِهِ فهو على الخلاف.

وجه قولهما: إن نصيبه ملكه فيملك التصرُّف فيه، ولهذا ملك التصرُّف فيه إسقاطاً بالإبراء، فالتأخير أولى لأنَّه دونه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: إن تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القَبْض، وأنها غير جائزة، والدَّليل على أن التأخير قسمة الدين أنه وجد أثر القسمة، وهو انفراد كل واحدٍ من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه حق، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز؛ لأنه [لا يحتمل][3] معنى القسمة وهو التميز؛ إذ هو اسم للفعل أو لمال حكمي في الذمَّة، بخلاف الإبراء فإنه ليس فيه أثر القسمة ومعناها، بل هو إتلاف لنصيبه.

فإن قيل: قسمة الدين تصرُّف في الدين، والتأخير ليس تصرُّفاً في الدين، بل في المطالبة بالإسقاط.

---

(١) توى: ذهب فلم يُرْجَ.

(٢) في أ: يؤدي للعين.

(٣) في أ: لعدم تصور.

فالجواب: أن التأخير تصرُّف في الدين والمطالبة جميعاً؛ لأنه يوجب تغيير الدين عما كان عليه؛ لأن الدين كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه ـ كان للآخر أن يشاركَه فيه، وبعد التَّأخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الأجل قائماً.

ثم فرع على قولهما فقال: إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه ـ لم يكن للذي أخر أن يشركه فيما قبض حتى يحلّ دينُه؛ فإن حل دينُه فله أن يشركه إن كان قائماً، وإن كان مستهلكاً ضمنه صاحبه، لأن الأجل يمنع ثبوت المطالبة، فلا يكون له حقٌّ في المقبوض؛ فإذا حل صار كأنه لم يزل حالاً، فتثبت له الشركة، فإن لم يقبض الآخر شيئاً حتى حلّ دين الدين أخر، عاد الأمر إلى ما كان، فما قبض أحدهما من شيء يشركه الآخر فيه؛ لأن الدين لما حلّ فقد سقط الأجل، فصار كما كان قبل التأجيل.

٢/ ٢٥٢أ ولو كان الدّين بين شريكين على امرأة، فتزوجها أحدهما/ على نصيبه من الدَّين ـ فقد روى بشر عن أبي يوسف: أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقّه من ذلك. وروى بشر عنه أيضاً: أنه لا يرْجع، وهو رواية محمَّد عن أبي يوسف [وهو قول محمد][١].

وجه الرِّواية الأولى: أن النكاح أوجب المهر في ذمته، وله في ذمتها مثله فصار قصاصاً بدينه، فصار كأنه قبض نصف الدَّين، فكان له أن يرجع بنصف حقه؛ كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدَّين.

وجه الرواية الأخرى: أن من شرط وجوب الضَّمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشَاركة، ولم يوجد فلا يضمن لشريكه؛ كما لو أبرأها عن نصيبه، ولو استأجر أحد الشَّريكين الغريم بنصيبه، فإنَّ شريكه يرجع عليه في قولهم جميعاً؛ لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع، وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشَّركة، فكان له أن يضمنه.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن أحد الطالبين إذا شجّ المطلوب موضحة عمداً، فصالحه على حصته ـ لا يلزمه شيء لشَريكه؛ لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه؛ لأن الصُّلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمُون، فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء.

وأما إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالاً، فصارت قيمته قصاصاً بدينه، أو اقترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين ـ فلشريكه أن يرجع عليه؛ لأن قدر القَرْض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه، والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى، فصار كأنه استوفى حقه[٢].

---

(١) سقط في ط.

(٢) في أ: حقيقة.

ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين لسبب[1] قبل أن يجب لهما عليه الدين، فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين ـ فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه؛ لأنه ما استوفى الدين، بل قَضَى ديناً كان عليه، إذ الأصل في الدينين إذا[2] التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني؛ لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة، إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفي.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد: لو أن أحد الغَرِيمين اللَّذين لهما المال قبل عبد المطلوب، فوجب عليه القِصَاص، فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم ـ كان ذلك جائزاً وبرىء من حصَّة القاتل من الدين، وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة، وكذلك لو تزوَّج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة، أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسَلَة، فرق بين هذا وبين ما إذا صَالح على نفس الدين أو تزوج به.

ووجه الفرق: أن العقد هنا وهو الصلح والنِّكاح وقع على ما في الذمة، وأنه يوجب المقاصّة، فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة، بخلاف الصُّلح على نفس الدين والتزوج به؛ فإن العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقاً ألا ترى أن العقد هناك أضيف إلى نفس الدين فلم تقع المقاصة، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه، فلا يرجع.

وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف: أنه لو مات المطلوب وأحد الشَّريكين وارثه، وترك مالاً ـ ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص؛ لأن الدَّين يمنع انتقال الملك إلى الورثة؛ لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [سورة النساء، ١٢] رتب الميراث على الدين، فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه، وكان دين الوارث والأجنبي سواء، ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بحصته، فهلك الرهن عنده ـ فلشريكه أن يضمنه؛ لأن قَبْض الرَّهن قبض استيفاء، وبهلاك الرَّهن يصير مستوفياً للدين حكماً، فكان كالاستيفاء حقيقة.

ولو غصب أحد الشَّريكين من المطلوب عبداً فمات عنده ـ فلشَريكه أن يضمنه؛ لأنه [إذا هلك][3] صار ضامناً لقيمة العبد من وقت الغَصب، فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد، ولو ذهبت إحدى عيني العبد بآفة سماويَّة في ضمان الغاصب فرده ـ لم يرجع شريكه عليه بشيء؛ لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه، لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئاً، بخلاف نفس العبد؛ لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشَارَكة فيه،

(١) في ط: بسبب.
(٢) سقط في ط.
(٣) في أ: من.

فيضمن لشريكه، وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بآفة سماويَّة؛ وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً بيعاً فاسداً وقبضه، فمات في يده أو باعه أو أعتقه ـ أنه يضْمَن لشريكه، كما يضمن في الغصب.

ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده، لم يضْمَن لشريكه شيئاً، ويجب ذلك عليه من حصته من الدّين خاصة، / والله عز وجل أعلم. ٢/٢٥٢ب

وأما شركة العقود فجملة الكلام فيها: أنها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة؛ أما الصَّحيحة فأما الشركة بالأموال فتبين أحكام العنان منها والمفاوضة، وما يجوز لأحد شريكي العنان؛ والمفاوضة أن يعمله في مال الشركة وما لا يجوز، أما العنان فلأحد شريكي العنان أن يبيع مال الشَّركة؛ لأنهما بعقد الشركة أذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة، ولأن الشَّركة تتضمّن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع؛ ولأن غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة، وما التجارة إلا بالبيع والشراء، فكان إقدامهما على العقد إذناً من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشِّراء دلالة، وله أن يبيع مال الشَّركة بالنقد والنسيئة؛ لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشَّركة وجد مطلقاً؛ ولأن الشَّركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة، وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره؛ لما قلنا إلا بما لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به، فكان مستثنى من العقد دلالة.

وذكر القاضي في شرحه مختصر الطَّحاوي، وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً: أنه يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما[١]: لا يجوز.

ولو باع أحدهما وأجل الآخر، لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالإجماع، وهل يجوز في نصيب نفسه، فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك إذا أخر أحدهما نصيبه.

هاذ إذا عقد[٢] أحدهما وأجل الآخر، فأما إذا عقد أحدهما ثم أجل العَاقِد، فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله[٣] في نصيب نفسه؛ لأنه مالك وعاقد، وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجِيلُه في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على المسألة الوكيل بالبيع أنه يملك تَأْخير الثمن، والإبراء عنه عندهما، وعنده: لا يملك.

ووجه البناء ظاهر؛ لأن العاقد في نصيب الشَّريك وكيل عنه، وهي من مسائل كتاب

---

(١) في أ: وعند أبي يوسف وأبي محمد.
(٢) في أ: باع.
(٣) في أ: تأخيره.

الوكالة، إلاَّ أن هناك إذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما، وهنا لا يضمن الشريك العاقد؛ لأن الشَّريك العاقد يملك أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة، وإذا لم يقايل وأخر الدين جَاز، والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل ويبيع بالنسيئة، فإذا أخر يضمن. وله أن يشْتَري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع، وهذا إذا كان في يده مال **ناض** للشَّركة وهو الدراهم والدنانير، فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة، وكان عنده شيء من المكِيل والموزون، فاشترى بذلك الجنس شيئاً نسيئة، فأما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير، فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً ـ كان المشتري له خاصة دون شريكه؛ لأنَّا لو جعلنا شراؤه على الشركة لصار مستديناً على مال الشَّركة، والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشَّركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضَارِب؛ لأنه يصير مال الشَّركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فلا يجوز من غير رضاه.

وكذلك لو كان عنده عروض، فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة؛ لأن العروض لا تصْلُح رأس مال الشركة، فكان الشِّراء بالأثمان استدانة، بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلها؛ لأن ذلك ليس باسْتِدانة.

وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز، وقال زفر: لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر المجانسة في رأس مال الشركة حقيقة، حتى أبى انعقاد الشَّركةِ في الدراهم مع الدنانير؛ لاختلاف الجنس حقيقة، فيصير كأنه اشْتَرى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض، ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية، وقد تجانسا في الثمنية، فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده صورةً ومعنى، وله أن يبضع مال الشَّركة؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التّجار والأبضاع من عاداتهم؛ ولأنّ له أن يسْتَأجر من يعمل في البضاعة بعوض فالأبضاع أولى؛ لأن استعمال البضع في البضَاعة بغير عوض، وله أن يودع؛ لأن الإِيداع من عادة التجار.

ومن ضرورات[1] التجارة أيضاً؛ لأنه لا بد للتَّاجر منه لأنه يحتاج إلى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة؛ لأن له أن يستحفظ المودع بأجر، فبغير أجر أولى، وليس له أن يشَارِك إلاَّ أن يؤذن له بذلك؛ لأنَّ الشيء لا يستتبع مثله؛ فإن شارك رجلاً شركة عنان، فما اشتراه الشَّريك فنصفه له ونصفه للشريكين؛ لأنه إن كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل، وعقد الشركة يتضمن التوكيل، فكان نصف ما اشتراه بينهما.

٢/ ٢٥٣أ وإن اشترى الشَّريك الذي لم يشارك، فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه/ نصفين ولا شيء ولا شيء للأجنبي فيه؛ لأنه لم يوكله، فبقي ما اشتراه على حكم الشركة.

---

(١) في أ: ضروب.

شيء ولا شيء للأجنبي فيه؛ لأنه لم يوكله، فبقي ما اشتراه على حكم الشركة.

وقال الحسن بن زياد: إذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه ـ لم تكن مفاوضة، وكانت شركة عنان؛ لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان؛ لأن المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال، وذلك لا يصح في حق شريكه، فكان ذلك فسخاً للشركة، وهو لا يملك الفسخ مع غيبته، وإن كان بمَحْضَر من صاحبه صحَّت المفاوضة، وذلك إبطالٌ لشركة العنان؛ لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه، وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصّة؛ لأن الخلط إيجاب حق في المَالِ، فلا يجوز إلا في القدر الذي رضي به ربُّ المال، وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة؟ ذكر محمد في «الأصل» عن أبي حنيفة: أنه له ذلك، وروى الحَسَن عن أبي حنيفة: أنه لَيْس له ذلك.

وجه رواية الحسن: أن المضاربة نوع شركة؛ لأن رب المال مع المضارب يشتركان في الربح، وهو لا يملك الشركة بإطلاق العقد فلا يملك المضاربة.

وجه ظاهر الرواية: أنه يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة؛ فلأن يملك الدفع مضاربة أولى؛ لأن الأجير يستحقُّ الأجر، سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل، والمضارب لا يستحقُّ شيئاً بعمله إلا إذا كان المضاربة ربح، فلما ملك الاستئجار، فلأن يملك الدَّفع مضاربة أولى.

والاستدلال بالشَّركة غير سديد؛ لأن الشَّركة فوق المضاربة؛ لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع، والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل، والشيء يستتبع[1] ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله؛ ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد؛ لأن المضاربة مثل المضاربة، ويملك التوكيل؛ لأنه دون المضاربة، والوكيلُ لا يملك أن يوكل غيره بإطلاق الوكالة؛ لأن الوكالة مثل الوكالة، وله أن يَعْمَل في مال الشَّركة كل ما للمضارب أن يعمله في مال المضَاربة، وسنذكره في كتاب المضَاربة إن شاء الله تعالى؛ لأَن تصرف الشَّريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه، فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالاً مضاربة، ويكون ربحه له خاصَّة؛ لأن المضارب يستحقُّ الربح بعمله فيختص به، كما لو آجر نفسه، وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً.

والقياس ألاَّ يجوز؛ لأن شريكه رضي برأيه ولم يرضَ برأي غيره.

وجه الاسْتِحْسَان: أن الشركة تنعقد على عادة التّجار، والتوكيل بالبيع والشِّراء من عاداتهم، ولأنه من ضرورات التجارة؛ لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه

---

(١) في ط: يستبع.

يملك أن يوكل غيره؛ لأنه لا يملك جميع التصرُّفات، بل لا يملك إلا الشراء، فيمكنه مباشرته بنفسه، فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره، ولأن الشركة أعم من الوكالة، والوكالة أخص منها، الشيء يستتبع دونه ولا يستتبع مثله.

وبخلاف ما إذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة ـ أنه ليس لأحدهما أن يوكّل رجلاً ببيعه، وإن وكل لم يجز في حصَّة صاحبه؛ لأن ذلك شركة ملك، وكل واحدٍ من الشريكين في شركة الأملاك أجنبي عن صاحبه محجُور عن التصرُّف في نصيبه؛ لانعدام المطلق للتصرُّف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم، وله أن يوكل وكيلاً ويدفع إليه مالاً ويأمره أن ينفق على شيء من تجارتهما، والمال من الشَّركة؛ لما قلنا: أن الشريك يملك التَّوكيل، فكان تصرفه كتصرف الوكيل[1].

فإن أخرج الشريك الآخر الوكيل، يخرج من الوكَالَة إن كان في بيع أو شراء أو إجارة؛ لأن كل واحدٍ منهما لمَّا ملك التَّوكيل على صاحبه ملك العزل عليه؛ ولأن الموكل وكيل لشريكه، فإذ وكل كان للموكل أن يعزل وَكِيلَه، وإن كان وكيلاً في تقاضي ما داينه فليس للآخر إخراجه؛ لأنه لا يملك أن يوكل شريكه، فلا يملك أن يعزل وكيله عنه، وله أن يسْتَأْجر أجيراً لشيء من تجارتهما، لأن الإجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة، وهو من عادات التّجار أيضاً ومن ضرورات التِّجارة أيضاً؛ لأن التَّاجر لا يجد بداً منه؛ ولأن المنافع عند إيراد العقد عليها تجري مجرى الأعيان، فكان الاستئجار بمنزلة الشراء، وهو يملك الشراء فيملك الاسْتِئْجار، والأجر يكون على المسْتَأجر يطالب به دون شريكه؛ لأن العَاقِد لا شريكه/ ٢/٢٥٣ب وحُقُوق العقد ترجع إلى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الأجرة؛ لأن وكيله في العقد، وله أن يرهن متاعاً من الشَّركة بدين وجب بعقدة وهو الشِّراء، وأن يرتهن بما باعه؛ لأن الرَّهن إيفاء الدين والارتهان استيفاؤه، وأنه يملك الإيفاء والاستيفاء فيملك الرَّهن والارتهان.

وذكر محمد في «كتاب الرَّهن»: إذا رهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليهما[2]، لم يجز وكان ضامناً للرهن.

ولو ارتهن بدين لهما ادَّاناه لم يجز على شريكه، وذلك محمول على ما إذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما؛ لأن الرهن إيفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره، فلا يملك الرّهن والارتهان، واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه، فلا يملك ارتهانه؛ فإن هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصَّته؛ لأنه

---

(١) في ط: الموكل.

(٢) في ط: عليها.

قبض الرهن بعقد فاسد، والرَّهن الفاسد يكون مضموناً كالصحيح، فكان مستوفياً حصته من الدين؛ لأنه كان يملك استيفاء حصَّته من الدين قبل الارتهان.

وإن وليه غيره، فإذا ارتهنه بجميع الدين[١] صار مستوفياً لجميع الدين، فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته، وشريكه بالخيار إن شَاء رجع بحصته على المطلوب، ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء ضمن شريكه حصته من الدين؛ لأن قبض الرَّهن قبض استيفاء الدين، فإذا هلك في يده تقرَّر استيفاء كل الدين، ومن استوفى الدين المشْتَرك بغير إذن شريكه ـ كان لشريكه أن يرجع على الغرِيم بحصَّته، ويرجع الغريم على القابض بما قبضه؛ لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك، فكان له أن يرجع، كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء الشريك رجع عليه بنصف دينه؛ لما ذكرنا أن أحد الشَّرِيكَيْن إذا استوفى في الدَّين المشترك كله ـ كان الشَّريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه.

وطريق ذلك: أن نصف المقبوض وقع للقَابِض، ولشريكه أن يشاركه فيه، ومتى شَارَكَه فيه فللقابض أن يرجِعَ على المطلوب بذلك، ثم يشاركهُ في ذلك أيضاً، هكذا يستوفي هو ويشاركهُ الآخر إلى أن يستوفيا الدين.

طعن عيسى بن أبان في هذه المسْأَلة. وقال: يجب ألاَّ يضمن الشريك نصيب شريكه؛ لأن محمَّداً قال: لو قال رجل لرجل: أعطني رهناً بدين فلأن الذي عليك؛ فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فلا ضمان عليّ، فأعطاه وهلك الرهن في يده ـ لم يضمن، وهذا الطعن في غير موضعه؛ لأن ذلك الرَّجُل جعل الرَّهن في يد العدل؛ لأنه لما أخذ رهناً لغيره، وشرط ألاَّ ضمان عليه فقد صار عدلاً، وهلاك الرَّهن في يد العدل لا يوجب الضَّمان؛ لأن قبضه ليس بقبض استيفاء، وههنا إنما قبضه للاستيفاء، والرهن المقْبُوض للاستيفاء مضمُون، فلم يصح الطَّعن.

وله أن يحتال؛ لأن الحوالة من أعمال التجارة؛ لأن التَّاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في **الملاءة** والإفلاس، وكون بعضهم أملأ من بعض، وفي العادة يختار **الأملأ فالأملأ**، فكانت الحوالة وسيلَةً إلى الاستيفاء، فكانت في معنى الرَّهن في التوثق للاستيفاء، ولأن الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف، وحقُوق عقد تولاَّه أحدهما يرجع إلى العاقد، حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن.

---

(١) في ط: ذلك.

وكذلك كل دين لزم إنساناً بعقد وليه أحدهما، ليس للآخر قَبْضَه، وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه كالمشتَري من الوكيل بالبيع ـ له أن يمْتَنع عن دفع الثمن إلى الموكل؛ لأن القَبْض من حقوق العقد تعود إلى العَاقِد؛ لأن المديون لم يلتزم الحقوق للمالك، وإما التزمها العاقد فلا يلزَمُه ما لم يلتزمه إلا بتوكيل العاقد؛ فإن دفع إلى الشَّريك من غير توكيل بَرىء من حصته ولم يبرأ من حصة الدَّاين وهذا استحسان، والقياس ألاَّ يبرأ الدافع.

وجه القياس: أن حقوق العقد لا تتعلَّق بالقابض، بل هو أجنبي عنها وإنما تتعلق بالعاقد، فكان الدَّافع إلى القابض بغير حق فلا يبرأ.

وجه الاستِحْسَان: أنه لا فائدة في نقض هذا القَبْض، إذ لو نقضناه لاحتجنا إلى إعادته؛ لأن المدْيُون يلزمه دفعه إلى العاقد، والعاقد يرد حصة الشريك إليه فلا يفيد القبض، ثم الإعادة في الحال، وهذا على القِيَاس والاستحسانُ في الوكيل بالبيع إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل من غير إذن الوَكِيل ـ لا يطالب الشَّريك بتسلم المبيع لما/ قلنا، وليس لأحدهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه، والخُصُومة للذي باع، وعليه ليس على الذي لم يلِ من ذلك شيء، فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف، وهو والأجنبي في هذا سواء؛ لأن الخُصومَةَ من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد. ٢/ ٢٥٤أ

ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن، وليس للشَّريك قبض المبيع لما قلنا؛ وللعاقد أن يوكل وكيلاً بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم، ولأحدهما أن يقابل فيما باعه الآخر؛ لأن الإقالة فيها معنى الشراء، وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة، وما باعه أحدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه، لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وأنها ترجع إلى العاقد، والرُّجوع بالثمن عند استِحْقَاق المبيع على البائع لأنه العاقد؛ فإن أقر أحدهما بعيبه في متاع جاز إقراره عليه وعلى صاحبه.

قال الكرخي: وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ـ رحمهم الله ـ، وفرق بين هذا وبين الوكيل إذا أقرَّ بالعيب، فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ إقراره على الموكّل، حتى يثبت بالبينة؛ لأن موجب الإقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه، ولأحد الشَّريكين أن يقايل فيما باعه الآخرَ؛ لأن الإقَالَة فيها معنى الشِّراء، وأنه يملك الشِّراء إلى أن يسترد المبيع ويقبل العقد، والوكيل لا يملك ذلك، فإن باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضاء القاضي ـ جاز عليهما؛ لأن قبول المبيع بالتَّراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي، وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة.

وكذا القبول من غير قَضَاء القاضي بمنزلة الإقالة، وإقالة أحَدِهما تنفذ على الآخر، وكذا لو حطّ من ثمنه أو أخر ثمنه لأجل العيب ـ فهو جائز؛ لأن العيب يوجب الرد، ومن الجائز أن

يكون الصُّلح والحطّ أنفع من الرد، فكان له ذلك، وإن حطَّ من غير علة أو أمر يخاف منه، جاز في حصَّته. ولم يجز في حصَّة صاحبه؛ لأن الحطَّ من غير عيب تبرُّع، والإنسان يملك التبرُّع من مال نفسه لا من مَالِ غيره.

وكذلك لو وهب؛ لأن الهبة تبرُّع، ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحةً على ما اشترياه؛ لأنَّ كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيْع، والوكيل بالبيع [والشراءَ][1] يملك البيع مرابحةً.

وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحِبه؟ ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك، والصَّحيح من قول أبي يوسف ومحمد: أن له ذلك؛ وكذا المضَارب والمبضع والمودع لهم أن يسَافِروا، وروي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: أنه ليس للشَّريك والمضارب أن يسافر، وهو قول أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف: أنه له المسَافَرة إلى موضع لا يبيت عن منزلة، وروي عنه [أنه][2] يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مُؤنة، ولا يسافر بمَا له حمل ومؤنة. وجه ظاهر قول أبي يوسُف: أن السفر له خطر، فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه. وجه الرِّواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد: أنه إذا كان قريباً بحيث لا يبيت عن منزله، كان في حكم المصر.

وجه الرواية التي فرق فيها بين ما له حمل ومؤنة، وما ليس له حِمْل ومُؤْنة: أن ما له حمل إذا احتاج شَرِيكه إلى ردّه يلزمه مؤنة الرد فيتضرّر به، ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الإذْن بالتصُّرف يثبت مقتضى الشركة، وأنها صدرت مطلقة عن المكان، والمطْلَق يجري على إطلاقه إلا لدليل، ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع؛ لأنه مؤتَمَن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة، مع ما أن الشريك يملك أمراً زائداً لا يملكه المودع وهو التصرف، فلما ملك المودع السّفر، فلأنْ يملكه الشَّريك أولى، وقول أبي يوسف: إن المسافرة بالمال مخاطرة به ـ مسلم إذا كان الطريق مخوفاً.

فأما إذا كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح؛ لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الأرض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى ـ عزَّ شأنه ـ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [سورة الجمعة، ١٠]، وقال ـ عزَّ شأنه ـ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [سورة البقرة، ١٩٨] مطلقاً من غير فصل، وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة، فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار؛ لأن كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال.

---

(١) سقط في ط. (٢) سقط في ط.

هذا إذا لم يقل كل واحد منهما لِصَاحِبِه: اعمل في ذلك برأيِك، فأما إذا قال ذلك؛ فإنه يجُوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة، وخلط مال الشركة بمال له خاصة، والرَّهن والارتهان مطلقاً؛ لأنَّه فوض الرأي إليه في التصرُّف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً.

وإذا سافر أحدهما/ بالمال وقد أذن له بالسَّفر، أو قيل له: اعمل برأيك أو عند إطلاق الشركة على الرواية الصحيحة ـ عن أبي حنيفة ومحمد: فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في كرائه ونفقته وطعامه وإدَامه من رأسِ المال، روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة، وقال محمد: وهذا استِحْسَان، والقياس ألاَّ يكون له ذلك؛ لأن الإنفاق من مال الغير لا يجُوز إلا بإذنه نصاً. ٢/ ٢٥٤ب

وجه الاستحسان: العرف والعادة؛ لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط؛ ولأن الظاهر هو التراضي بذلك؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشَّركة، ويلتزم النَّفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل ألاَّ يكون؛ لأنه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون، ويحتمل ألاَّ يكون فكان إقْدَامهما على عقد الشَّركة دليلاً على التراضي بالنَّفقة من مال الشركة؛ ولأنَّ كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب؛ لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال، وهو يستحقُّ نصف الربح شائعاً كالمضارب، فتكون النفقة من جميع المال؛ كالمضارب إذا سافر بمالِ نفسه وبمال المضاربة ـ كانت نفقته في جميع ذلك، كذا هذا.

وقال محمد: فإن ربحت حسبت النفقة من الربح، وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال؛ لأن النفقة جزء تآلف من المال؛ فإن كان هناك ربح، فهو منه وإلا فهو من الأصل كالمضارب، وما اشتراه أحدهما بغير مال الشَّركة لا يلزم صاحبه؛ لما ذكرنا أنه يصير مستديناً على مال الشركة، وصاحبه لم يأذن له بالاستِدَانة، وليس لأحدهما أن يَهَب ولا أن يقرض على شَريكه؛ لأنَّ كل واحد منهما تبرع. أما الهبة فلا شكَّ فيها، وأما القرض فلأنه لا عوض له في الحال، فكان تبرعاً في الحال، وهو لا يملك التبرُّع على شريكه، وسواء قال: اعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه؛ لأن قوله: اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة، وهذا ليس من التِّجارة.

ولو استقرض مالاً لزمهما جميعاً؛ لأنه تملُّك مال بالعقد فكان كالصرف، فيثبت في حقه وحق شريكه؛ ولأنه إن كان الاستِقْرَاض استعارة في الحال، فهو يملك الاستعارة، وإن كان تملكاً يملكه أيضاً، وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال؛ لأن الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والإعتاق ليسا من التجارة.

ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التِّجارة، وسواء قال: اعمل برأيك أو لا؛ لما قلنا.

وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً؛ لأنه ليس من [باب][1] التجارة وهو ضرر محض، فلا يملكه إلا بإذْن نصاً، وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ليس من التّجارة، ويجوز عند أبي يوسف، والمسألة تقدمت في كتاب النكاح.

ولو أقر بدين، لم يجز على صَاحِبه؛ لأنَّ الإقرار حجةٌ قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحقّ على شريكه بخلاف المفاوضة؛ لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالإِقرار، وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة.

ولو أقر بجاريةٍ في يده من تجارتهما أنها لرجُل، لم يجز إقرارهُ في نصيب شريكه، وجاز في نصيبه، لما ذكرنا أن إقرار الإِنسان ينفذ على نفسه لا على غَيْره؛ لأنه في حقِّ غيره شهادةً، وسواء كان قال له: اعمل برأيك أو لا؛ لأن هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة، والشركة لم تتضمَّن الإقْرَار، وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضَمَان عليه في نصيب شريكه، فيقبل قَوْل كل واحد من الشَّريكين على صاحبه في ضياع المال مع يَمِينه؛ لأنه أمينٌ، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا أنه يجوز لأحد شَرِيكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه، إذا فعله فيجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله، وإذا فعله فهو جائز على شريكه؛ لأن المفَاوَضَة أعم من العنان، فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى، وكذا كلُّ ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة؛ لأنها لمّا كانت أعم من العَنَان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة.

وكذا ما فسدت به شَرِكة العنان تفسد به شركة المفَاوَضَة؛ لأن المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان؛ لاختصاصها بشرائط لم تشْترط في العنان، وقد بيَّنا ذلك فيما تقدم، والآن نبيِّن الأَحكام المختصة بالمفاوضة التي تجُوز للمفاوض ولا تجوز للشَّريك شركة العنان، فنقول وبالله التوفيق.

يجوز إقرار أحد شريكي المفاوضة بالدَّين عليه وعلى شريكه، ويطالب المقر له أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر، فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالته، وكذلك/ ما وَجَبَ على كل واحد منهما من دين التجارة؛ كثمن المشتري في البيع الصَّحيح وقيمته في البيع الفاسد، وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب، والخلاف في الوَدَائع والعَوَارِي والإجارات والاستهلاكات، وصاحب الدَّين بالخيار إن شاء أخذ هذا بدينه، وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة. ٢/ ٢٥٥أ

(١) سقط في ط.

أما دين التجارة فلأنه دين لزمه بسبب الشَّركة؛ لأن البيع الصَّحِيح اشتمل عليه عقد الشركة لأنه تجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة؛ ولهذا قالوا: إن البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد؛ لأن الدَّين لزمه كما لزم شريكه؛ لأنه كفيل عن شريكِهِ والبينةُ بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المَكْفُول عنه، وكذا البيع الفاسد بدليل أنَّ الأمر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد، وكذا الأُجْرة لأن الإِجَارة تجارة.

وأما الغصب فلأن ضمانه في معنى التِّجارة؛ لأن تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون، فكان في معنى ضمان البيع، والخلاَف في الودائع والعَوَارى والإجارات في معنى الغَصْب، لأنه من باب التعدي على مال الغير بغير إذن مالكه فكان في معنى الغضب فكان ضمانه ضَمَان الغصب.

وأما أروش الجنايات والمهر والنَّفقة وبدل الخلع والصُّلح عن القصاص ـ فلا يؤاخذ به شريكه؛ لأنه ليس بضَمَان التجارة، ولا في معنى ضَمَان التجارة أيضاً، لانعدام معنى معاوضة المال بالمالِ رأساً.

وروي عن أبي يوسف: أن ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله؛ لأنَّه ضمان جناية فأشبه ضمان الجناية على بني آدم، والجواب ما ذكرنا أن ضمان الغصب وضمان الإتلاف في غير بني آدم ضَمَان معاوضة؛ لأنه ضَمَان يملك به المضمون عوضاً عنه، بخلاف ضمان الجناية على بني آدم؛ لأنه لا يَمْلك به المضْمُون، فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً، ولو كفل أحدهما عن إنسان، فإن كفل عنه بمال يلزم شَرِيكه عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يَلْزم، وإن كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً.

وجه قولهما: أن الكفالة تبرع، فلا تلزم صاحبه كالهبة والصَّدقة والكفالة بالنفس؛ والدليل على أنها تبرع اختصاص جوازها بأهل التبرع، حتى لا تجُوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون، وكذا تعتبر من الثّلث إذا كان في حال المرض، والشركة لا تنعقد على التبرع، ولأبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: أن الكفالة تقع تبرعاً بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها؛ لوجود التَّمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكَفَالَة بأمر المكْفُول عنه، فقلنا: لا تصح من الصَّبي والمأذون والمكاتب، ويعتبر من الثّلث عملاً بالابتداء، ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء.

وحقوق عقد تولاَّه أحدهما ترجع إليهما جميعاً، حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشَّركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع؛ كما يطالب البَائِع ويطالب غير البائع منهما المشْتَري بتسليم الثمن، ويجب عليه تَسْلِيمه كالبائع.

ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن؛ كما يطالب المشْتَري، وله أن يقبض المبيع كما للمشتري، ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع، فلصاحبه أن يرده بالعيب كما للمشتري وله الرُّجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري.

ولو باع أحدهما سلعةً من شركتهما، فوجد المشتري بها عيباً ـ فله أن يردها على أيهما شاء، ولو أنكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم، ولو أقر أحدهما نفذ إقراره على نفسه وشريكه؛ ولو باعاً سلعةً من شركتهما ثم وجد المشْتَري بها عيباً، فله أن يحلف كل واحدٍ منهما على النصف الذي باعه على البتات، وعلى النصف الذي باعه شَرِيكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد ـ رحمه الله ـ.

وقال أبو يوسف: يحلف كل واحدٍ منهما على البتات فيما باع، ويسقط عن كل واحد منهما اليمين عل العلم، وهما جميعاً في خراج التجارة وضَمَانها سواء، ففعل أحدهما فيها كفعلهما، وقول أحدهما كقولهما، وهما في الحقيقة شخْصَان، وفي أحكام التجارة كشَخْص واحدٍ، ولأحدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة؛ لأن تصرُّف كل واحد منهما فيما يعود نفعه إلى مال الشركة عام كتصرف الأب في مال الصغير؛ كذا رُوِي عن محمد أنه قال: كل ما يجوز أن يفعله الإنسان فيما لا يَمْلِكه فالمفاوض فيه أَجوز أمراً، ومعناه: أن الأب يملك كتابة عبد ابنه الصغير وإذنه بالتجارة، مع أنه لا مِلْك له فيه رأساً، فلأن يملك المفاوض أولى، ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التِّجارة على مال؛ لأنه في معنى التبرع؛ لأنه يعتق بمجرد القول، ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا/ يسلم، فكان في معنى التبرع؛ ولهذا لا يملكه الأَب في مال ابنه، ولا يجوز له تزويج العبد لأنه ضرر محض؛ لأن المهر والنَّفقة يتعلَّقان برقبته، وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره، فكان التَّزويج ضرراً محضاً، فلا يملكه في ملك غيره. ٢/٢٥٥ب

ويجوز له أن يزوّج الأمة؛ لأن تزويج الأمة نفع محض؛ لأنه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها، وتصرُّف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه إلى مال الشركة، سواء كان من باب التجارة أو لا، بخلاف الشريك شركة العنان، فإن نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد.

وتزويج الأمة ليس من التجارة؛ لأن التِّجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ، وعند أبي يوسف: ينفذ كتصرُّف المفاوض لوجود النفع، ويجوز له أن يدفع المال مضاربة؛ لما ذكرنا في الشَّريك شركة عنان ـ أنه يجوز له أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الأجير بيقين، فالدفع مضاربة أولى؛ لأن المضارب لا يستحق الرِّبح منها بيقين؛ لجواز أن يَحْصُل وألاَّ يحصل، ويجوز له أن يشارك شركة عنان في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن شركة

العنان أخصّ من شركة المفاوضة، فكانت دونها، فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة؛ لأنها دونها فتتبعها؛ ولأن الأب يملك ذلك في مال ابنه، فيملك المفاوض على شريكه من طريق الأولى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يجُوز له ذلك؛ لأنه يوجب للشريك الثالث حقاً في مال شريكه، وذلك لا يجوز إلا بإذنه.

هذا إذا شارك رجلاً شركة عنان، فأما إذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه، ذكره محمد في الأصل، وقال أبو يوسف: لا يجوز، وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وجه قول محمد: أن عقد المفَاوَضَة عام فيصير تصرُّف كل واحد منهما كتصرف الآخر، ولأبي يوسف: أن المفاوضة مثل المفاوضة والشَّيء لا يستتبع مثله، ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه؛ لأن الرَّهن هو إيفاء والارتهان استيفاء، وكل واحد منهما يملك الإيفاء والاسْتِيفَاء فيما عقده صَاحِبه، ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما ادَّانَاهُ أو أدانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة؛ لأنَّ كل واحد منهما كفيل الآخر، فيملك أن يستوفي لأن كل واحد منهما كفيل على الآخر، وكل واحدٍ منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبهُ ويقام عليه البينة.

ويستحلف على علمه فيما هو ضَمَان التجارة؛ لأن الكفيل خصم فيما يدعي على المكفول عنه، ويستَحْلف على علمه؛ لأنه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه ـ فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه.

والقياس أن يكون المشتري مشتركاً بينهما؛ لأن هذا مما يصحُّ الاشتراك فيه كسائر الأعيان، لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة؛ لأن ذلك مما لا بد منه، فكان مستثنى من المفاوضة، فاختص به المشْتَري، لكن للبائع أن يطَالب بالثمن أيهما شاء.

وإن وقع المشتري للذي اشتراه خاصّة؛ لأَن هذا مما يجوز فيه الاشتراك، وكل واحدٍ منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك، إلا أنهم قالوا: إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك، لأنه قَضَى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع؛ لأنه التزم ذلك فَيَرْجع عليه، وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشَّريك؛ لأن الجارية ما يصح فيه الاشتراك، ولا ضرورة تدعو إلى الانفراد بملكها، فصارت كسائر الأعيان بخلاف الطعام والكسوة؛ فإن ثمة ضرورة، فأخرجا عن عموم الشَّرِكَة للضرورة، ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة تحت العموم؛ فإن اشترى لَيْسَ له أن يطأها ولا لشريكه؛ لأنها دخلت في الشَّركة فكانت بينهما، فهذه جارية مشتركة بين اثنين، فلا يكون لأحدهما أن يَطَأَها.

الطعام والكسوة؛ فإن ثمة ضرورة، فأخرجا عن عموم الشَّرِكَة للضرورة، ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة تحت العموم؛ فإن اشترى لَيْسَ له أن يطأها ولا لشريكه؛ لأنها دخلت في الشَّركة فكانت بينهما، فهذه جارية مشتركة بين اثنين، فلا يكون لأحدهما أن يَطَأَها.

فإن اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شَرِيكه ـ فهي له خاصة، ولم يذكر في كتاب الشركة أن الشريك يرجع عليه بشيء أو لا يرجع.

وذكر في «الجامع الصغير» الخلاف، فقال: عند أبي حنيفة لا يَرْجع عليه بشيء من الثمن، وعندهما: يرجع عليه بنِصْف الثمن. ٢/١٢٥٦أ

وجه قولهما: أن الحاجة إلى الوطء متحققة، فتلحق بالحاجة إلى الطعام والكسوة؛ فإذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة، وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة، فيرجع/ عليه شريكه بالنصف، ولأبي حنيفة؛ أن الأصل في كل ما يحتمل الشركة إذا اشتراه أحد الشَّريكين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما من غير إذن جديد من الشريك بالشراء، إلا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد له منه من الطعام والكسوة، ولا ضَرُورة في الوطء، فوقع المشتري على الشركة بالإذن الثابت بأصل العَقْل من غير الحاجة إلى إذن آخر، فلم يكن الإذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري على الشَّرِكة؛ لأنه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك، كأنه قال: اشْتَرِ جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منها، فكانت الهبة متعلقة بالشراء، فإذا اشترى وقبض صحَّت الهبة؛ كما لو قال: إن قبضت ما لي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه، كذا هذا، وإذا كان كذلك فقد نقد[1] ثمن الوَاقِع على الشَّركة من مال الشركة، فلا يرجع على شريكه بشيء، فإن اشترى جارية للوطء بإذن شريكه فاسْتَوْلَدها، ثم استحقت ـ فعلى الواطِئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء.

أما وجوب العقر فلا شكَّ فيه؛ لأن وطء ملك الغير في دار الإسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين إما الحد وإما العقر، وقد تعذر إيجاب الحد المكان الشبهة وهي صورة البيع، فيجب العقر.

وأما ولاية الأخْذِ من أيهما شاء؛ فلأن هذا ضَمَان وجب بسبب الشِّراء، والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحدٍ منهما كالثمن؛ لأن الشراء من التجارة، فكان هذا ضمان التجارة، بخلاف المَهْر في النِّكاح الصحيح والفاسد؛ لأنه مال وجب بسبب النكاح، والنكاح ليس من التِّجارة، فلا يدخل في الشركة؛ ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر، جازت الإقالة عليهما لما ذكرنا أن الإقالة في معنى الشراء، وهو يملك الشراء على الشَّركة، فيملك

(١) في أ: أدى.

وتبطل بموت الوكيل لتعذّر تصرفه، فتبطل الشَّركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر، إذا لم يكن هو الذي تولّى العقد، ويجوز قبضه في نصيب نفسه؛ لأنه موكّل فيه وقبض الوكيل جائز استحساناً.

وأما الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجميع؛ لأنه ملك ذلك بعقد المداينة؛ لكونه من حقوق العقد، فلا يبطل بانْفِساخ الشركة بموت الشَّريك؛ كما لا يبطل بالعزل، ولو آجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الأعمال ـ فالأجر بينهما نصفان، وإن أجر نفسه للخِدْمة، فالأجر له خاصة؛ لأن في الفصل الأول آجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صَاحِبه، فإذا عمل فقد أوفى ما عليهما، فكانت الأجرة بينهما، وفي الثاني لا يملك التقبُّل على صاحبه بل على نفسه خاصة، فكانت الأجرة له خاصة.

وقال أبو حنيفة: إذا قضى أحدهما ديناً كان عليه قبل المفَاوَضَة، فهو جائز، لأنه إذا قَضَى فقد صار المقضي ديناً على القاضي أولاً، ثم يصير قصاصاً بما له على القاضي، فكان هذا تمليكاً بعوض، فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيلٌ على الذي قبض الدين؛ لما ذكرنا أن قبضه قبض مضْمُون؛ لأنه قبض ما للشَّريك أن يملكه إياه ويرجع على شريكه[1] بحصته منه؛ لأنه قضى دين نفسه من مال غيره، ولا تنتقض المفَاوَضة وإِن ازداد مال أحد الشريكين؛ لأن الواجب دين وزيادة مال أحد الشَّريكين إذا كانت ديناً لا توجب بطلان المفاوضة، كما لا تمنع انعقادها؛ لما مر أن الدّين لا يصلح رأس مال الشّركة، فإذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة؛ لأنه ازداد له مال صالح للشَّركة على مال شريكه.

ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها ألف، فماتت في يد المرتهن ـ ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي؛ لأن الزيادة أمانة في يد المرتهن، فكان مودعاً في قدر الأمانة من الرَّهن والمودع والمفاوض أن يودّع، وكذلك وصي أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه، وقيمتها ألف، فماتت في يد المرتهن ـ ذهبت بأربعمائة، وذلك يكون ديناً للورثة على الوصي؛ وهو أمين في الفضل. وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه؛ لأن الأب والوصي يملكان الإيداع، والزيادة على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت وديعة.

قال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ لو أقرض أحد المتفاوضين مالاً، فأعطاه رجلاً ثم أخذ به **سفتجة** ـ كان ذلك جائز عليهما ولا يضمن، ونوى المال أو لم ينو.

وفي قياس قول أبي يوسف: أن الذي أَقْرَض وأخذ السفتجة يضمن حصَّة شريكه من

---

(١) في ط: ويرجح عليه شريكه.

٢/٢٥٦ب ذلك، وهذا فرع/ اختلافهم في الكَفَالة أن الكفيل في حكم المقرض، فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القَرْض، وعند أبي يوسف: لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرُّع فكذلك القَرْض.

وقالوا في أحد المتفاوضين: إذا استأجر إبلاً إلى مكة ليحجّ ويحمل عليها متاع بيته، فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالأَجْر؛ لأن المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة.

ألا ترى لو أبدله من حمل مَتَاعه فحمل عليها متاع الشَّركة جاز، وإذا دخل في الشَّركة كان البدَلُ عليهما، فيطالب به شريكه بحكم الكفالة. وإن وقع ذلك له خاصة، كما لو اشترى طعاماً لنفسه ـ أن المشْتَرِي يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا.

ولو آجر أحدهما عبداً له ورثه، لم يكن لشريكه أن يَقْبض الإجارة؛ لأنها بدل مال لم يدخل في الشَّركة، فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الشركة بالأعمال، فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل، ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه؛ لأنَّ كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العَمَل عليه، فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كلِّ واحد منهما، ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العَمَل بكل الأجرة، لأنه قد لَزِمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة، وإلى أيهما دفع صَاحِب العمل برىء؛ لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه، وعلى أيهما وجب ضَمَانَ العمل وهو جناية يده ـ كان لصاحب العمل أن يُطَالب الآخر به استحساناً؛ كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ـ رضي الله عنهم ـ أنه قال: إذا جنت يد أحَدِهما فالضَّمَان عليهما جميعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميعِ ذلك، والقياس ألاَّ يكون له ذلك.

وجه القياس ظاهر؛ لأن هذه شركة عنان لا شركة مُفَاوَضَة، وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحدٍ منهما بعقده لا يطالب به الآخر.

وجه الاستحسان: أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل؛ لأن العمل الذي يتقبله أحدُهما على الآخر حتى يستحق الأجر به؛ فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العَمَل على كل واحدٍ منهما، كانت مقتضية وجوب ضمان للعمل، فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان، وإن لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين: إذا أقر أحدهما بثَمَن

صابون أو **أشنان**[١] أو غيرهما - أنه لا يصدق على صاحبه، إذا كان المبيع مستهلكاً إلا بإقراره، أو بالبينة؛ كذا إذا أقر أحدهما بأجر أجير أو حانوت بعد مضيّ هذه الإجارة.

وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجَارَة لم تمض - لزمهما جميعاً بإقراره، وإن جحده شريكه كما في شركة العنان، فدل أنه ليس لها حُكْم المفاوضة من جميع الوجوه، بل من الوَجْه الذي بينا خاصة.

وقال أبو يوسف: إذا ادَّعى على أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر - جاز الإقْرار على الآخر، ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال: وهذا استحسان وليس بقياس؛ لأنهما ليسا بمتَفَاوضين حتى يصَدَّق كل واحد منهما على صاحبه، بل هما شريكان شركة عنان، فلا ينْفذ إقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه؛ كشريكي العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر - أنه لا ينفذ إقْرَاره على صاحبه في نَصِيبه كذا هذا.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: أنه أخذ بالقياس في هذه المسألة وقال: ينفذ إقراره في النِّصف الذي في يده، ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك.

ووجهه ما ذكرنا: أن الشَّيء في أيديهما والشَّركة شركة عنان، وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صَاحِبه، وإنما استحسنا وألحقناها بالمفاوضة في حق وجُوب العمل، والمطالبة بالأُجْرَة في حق وجوب ضمان العمل، فبقي الأمر فيها وراء ذلك على أصْل القياس.

وجه الاستحسان لأبي يوسف: أنه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه شركة في حق ضمان العمل، وهو وجوبه حتى لَزِم كل واحدٍ منهما كل العمل - وجب له المطالبة بكلِّ الأجرة، وعليه كل العمل، ولزمه ضَمَان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضاً، فينفذ إقراره بمَحَلِّ العمل على صاحبه.

وإن عمل أحدهما دون الآخر؛ بأن مرض أو سافر أو بطل - فالأجر بينهما على ما شرطا؛ لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل، لا بالعمل؛ لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره؛ كالقصَّار والخياط إذا استعان برجل على القصارة والخياطة أنه يستحقُّ الأجر، وإن لم يعمل لوجود ضمان العَمَل منه.

وهنا شرط العمل عليهما، فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل/ عاملاً لنفسه في ٢/ ٢٥٧أ

(١) أُشنان: شجر من الفصيلة الرمرامية، ينبت في الأرض الرملية، يستعمل هو أو رماده في غسل الثياب والأيدي. المعجم الوسيط (أشن)

النصف، ولشريكه في النصف الآخر، ويجُوز شَرْط التَّفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان؛ بأن شَرَطا لأحدهما ثُلثي الكَسْب وهو الأجر، وللآخر الثلث وشَرَطا العمل عليهما كذلك، سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شَرَطا العمل عليهما؛ لأن استِحْقَاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل، بدليل أنه لو عمل أحدهما استحقَّ الآخر الأجر، وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضَمَان العمل لا بالعَمَل، كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضَّمان لا بزيادة العمل.

وحكي عن الكرخي: أنه علَّل في هذه المسألة فقال: المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، والشَّريك قد قومها بمقدار ما شَرَط لنفسه، فلا يستحق الزيادة عليه، وهذا يشير إلى الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص، وقال: هذا لا يصح؛ بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لأقلهما عملاً؛ بأن شَرَطا ثلثا الأجرة له جاز، فدل أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان لا بفَضْل العمل.

ولو شرطا التفاضل في الأجرة فجعلاها أثلاثاً، ولم ينسبا العمل إلى نصفين فهو جائز؛ لأنهما لما شرطا التَّفاضل في الكسب، ولا يصح ذلك إلا بشرط التفاضل في العمل، كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً لتصرفهما عند إمكان التصحيح، ولو شرطا الكسب أثلاثاً وشرطا العمل نِصْفَين لم يجز؛ لأن فضل الأجرة لا يقابلها مال ولا عَمَل ولا ضَمَان، والربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء.

وأما الوضيعة فلا تكون بينهما إلا على قَدْر الضَّمان، حتى لو شرطا أن ما يتقبلانه، فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر، والوضيعة بينهما نصفان ـ كانت الوضِيعة باطلة **والقبالة**[1] بينهما على ما شرطا على كل واحد منهما؛ لأن الربح إذا انقسم على قدر الضَّمان كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضاً؛ لأنه لا يجوز اشتراط زيادة الضَّمان في الوضيعة في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لأحدهما، وهو الشركة بالأموال، حتى لا تكون الوضيعة فيها إلا بقدر المال، ففي موضع لا يجوز اشْتِراط زيادة الربح فيه لأحدهما؛ فلأن لا يجوز أن تكون الوضيعة فيه إلا على قدر الضمان أولى.

وأما المفاوضة منهما فما لزم أحدهما بسبب هذه الشَّركة يلزم صاحبه، ويطالب به من ثمن صابون أو أشْنَان أو أجر أجير أو حانوت، ويجوز إقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين، وللمقرّ له أن يطَالِب به أيهما شاء؛ لأن كل واحد منهما كَفِيل عن صَاحِبه، فيلزم المقر

(١) القبالة: العمل يلتزمه الإنسان.

بإقراره والشريك بكفالته، ولو ادعى على أحدهما بثوب في أيديهما، فأقر به أحدُهُما وجحد صاحبه ـ بصدق على صاحبه وينفذ إقراره عليه.

وأما الشركة بالوجوه فالعنان منها، والمفَاوَضَة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما، وما يجوز فيه فعل أحَدِهما على شريكه وما لا يجوز بمَنْزِلة شريك العنان والمفاوضة في الأموال.

وأما الشَّركة الفاسدة وهي التي فاتها شَرْط من شرائط الصِّحة، فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا؛ لأن لأحد الشَّريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة، والربح فيها على قدر المالين؛ لأنه لا يجُوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط؛ لأن الشرط لم يصح، فألحق بالعدم فبقي الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال، ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا.

وقال الشَّافعي: له أجره فيما عمل لصَاحِبه، وهذا غير سديدٍ؛ إلا أنه استحقَّ الربح بعمله فلا يستحقّ الأجر، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل [في صفة عقد الشركة]

وأما صفة عقد الشركة فهي أنها عقد جائز غير لازم، حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ، إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه، أي بعلمه، حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفَسْخ، وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفَسْخ؛ وإن كان غائباً ولم يبلغه الفَسْخ، لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد؛ لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرارٌ بصاحبه؛ ولهذا لم يصحَّ عزل الوكيل من غير علمه، مع أن الشركة تتضمَّن الوكالة، وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل، فكذا في الوكالة التي تضمنته الشركة[1].

---

(١) قال ابن قدامة والشَّركَةُ من العُقُودِ الجائِزَةِ، تَبْطُلُ بمَوْتِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، وجُنُونِه، والحَجْرِ عليه للسَّفَهِ، وبالفَسْخِ من أَحَدِهما؛ لأنها عَقْدٌ جائِزٌ، فبَطَلَتْ بذلك، كالوَكَالَةِ، وإن عَزَلَ أَحَدُهما صَاحِبَه، انْعَزَلَ المعْزُولُ فلم يكُنْ له أن يَتَصَرَّفَ إلاَّ في قَدْرِ نَصِيبِه، وللعازِلِ التَّصَرُّفُ في الجَمِيعِ؛ لأنَّ المَعْزُولَ لم يَرْجِعْ عن إذْنِه. هذا إذا كان المالُ نَاضًّا، وإن كان عَرْضاً، فذَكَرَ القاضي أنَّ ظَاهِرَ كَلام أَحْمَدَ، أنَّه لا يَنْعَزِلُ بالعَزْلِ، وله التَّصَرُّفُ حتى يَنِضَّ المالُ، كالمُضَارِبِ إذا عَزَلَهُ رَبُّ المالِ، ويَنْبَغِي أن يكونَ له التَّصَرُّفُ بالبَيْعِ دون المُعَاوَضَةِ بسِلْعَةٍ أُخْرَى، أو التَّصَرُّفِ بغيرِ ما يَنِضُّ به المالُ. وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ أنَّه يَنْعَزِلُ مُطْلَقاً. وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ، فأشْبَهَ الوَكَالَةَ. فعلى هذا إن اتَّفَقَا على البَيْعِ أو القِسْمَةِ، فَعَلاَ. وإن طَلَبَ أَحَدُهما القِسْمَةَ والآخَرُ البَيْعَ، أُجِيبَ طَالِبُ القِسْمَةِ دون طَالِبِ البَيْعِ. فإن قِيلَ: أليس إذا فَسَخَ رَبُّ المالِ المُضَارَبَةَ، فطَلَبَ العامِلُ البَيْعَ، أُجِيبَ إليه؟ فالجوابُ: أنَّ حَقَّ العَامِلِ في الرِّبْحِ، ولا يَظْهَرُ الرِّبْحُ إلاَّ بالبَيْعِ، فاسْتَحَقَّهُ العامِلُ لِوُقُوفِ حُصُولِ حَقه عليه، وفي مَسْأَلَتِنا، ما يَحْصُلُ من الرِّبْحِ يَسْتَدْرِكُه كلُّ واحِدٍ منهما في نَصِيبِه من المَتَاعِ، فلم يُجْبَرْ على البَيْعِ.
ينظر: المغني (٧/ ١٣١ ـ ١٣٢).

وعلى هذا الأصل قال الحسن بن زياد: إذا شَارَكَ أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة ـ أنه إن كان بغير محضر من شريكه، لم تكن مُفَاوَضَة، وإن كان بمحضر منه صحت المِفاوضة؛ لأن المفاوضة مع غيره تتضَمَّن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته، ويملك عند حَضْرته، وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصِّحة الفسخ. وهي أن يكون دراهم أو دنانير. ذكر الطَّحاوي: أنه شرط حتى لو كان/ مال الشركة عروضاً وقت الفسخ، لا يصح الفسخ، ولا تنفسخ الشَّرِكة، ولا رواية عن أصحابنا في الشركة، وفي المضاربة رواية؛ وهي أن رب المال إذا نهى المَضَارب عن التصرُّف؛ فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير، صحَّ النهي لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير، والدنانير إلى الدراهم؛ لأنَّهما في الثمنية جنس واحد، فكأنه لم يشتر بها شيئاً، ولَيْس أن يشتري بها عروضاً.

٢/٢٥٧ب

وإن كان رأس المال وقت النَّهي عروضاً فلا تصحّ نهيه؛ لأنه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح، فكان الفسخ إبطالاً لحقه في التصرُّف، فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة، وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة، فقال: يجوز فسخ الشركة وإن كان رأس المال عروضاً، ولا يجوز فَسْخ المضاربة؛ لأن مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرُّف، فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عيناً كان المال أو عروضاً، فأما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال، فلا يَمْلِك ربّ المال نهيه بعد ما صَارَ المال عروضاً.

فصل

وأما بيان ما يبطل به عقد الشَّركة فما يبطل به نوعان:

أحدهما: يعم الشركات[1] كلها.

والثاني: يخصُّ البعض دون البَعْض.

أما الذي يعم الكل فأنواع:

منها: الفسخ من أحد الشريكين؛ لأنه عَقْدِ جائز غير لازم، فكان محتملاً للفسخ؛ فإذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفَسْخ ينفسخ، ومنها موت أَحدهما، أيهما مات انفسخت الشَّركة؛ لبطلان الملك. وأهلية التصرف بالموت، سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم؛ لأن

(١) في أ: للأنواع.

كل واحدٍ منهما وكيل صاحبه، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي فلا يَقِفُ على العلم. ومنها ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت، ومنها جنونه جنوناً مطبقاً؛ لأن به يخرج الوكيل عن الوكالة، وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عَقْد الشَّركة؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة.

وأما الذي يخص البعض دون البَعْض فأنواع:

منها: هلاك المالين أو أحدهما قبل الشِّراء في الشركة بالأَمْوَال، سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط؛ لأن الدَّراهم والدنانير يتعينان في الشركات، فإذا هلكت فقد هلك ما تعلّق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحُصُول المعقود به فيبطل العقد، بخلاف ما إذا اشْتَرى شيئاً بدراهم معينة ثم هلكت الدَّراهم قبل القبض ـ أن العقد لا يَبْطُل؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعيَّنان في الشركات. ثم إنما لم تتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتتعين في الشركات؛ لأنهما جعلا ثمنين شرعا فلو تعينا في المعاوضات لانقلبا مثمنين؛ إذ المثمن اسم لعينٍ يقابلها عوض؛ فلو تعيَّنت الدراهم والدنانير في المعاوضات، لكان عيناً يقابلها عوض فكان مثمناً فلا يكون ثمناً وفيه تغيير حكم الشَّرع فلم يتعين، وليس في تعيُّنها في باب الشَّركة تغيير حكم الشَّرع؛ لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض، ولهذا يتعيَّنان في الهبات والوصايا بخلاف المضَارَبة والوكالة المفردة عن الشَّركة؛ أنهما لا يتعيَّنان في هذين العقدين وإن لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع، وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض للحال يقابلهما؛ لأن كل واحدٍ من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة، والوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك الشَّيء، فجعل حكمهما في حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشِّراء، فلم يتعينا بالعقد والإشارة، بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فإنها وإن وَقَعت وسيلة إلى الشراء، لكن لا بدَّ مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر، ولا يمكن جعل القَبْض معيناً لرأس المال؛ لأنه لا وجه إلى إيجاب القَبْض فيهما ليتعين رأس المال؛ لأن العمل فيهما مشروط من الشريكين، وكون العمل مشروطاً من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليمكنه العَمَل، وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم إليه ليتمكن من العمل، فلا يجب التَّسليم للتعاوض ولا بد من سبب يُوجب تعين ما تعلق به العقد، وليس وراء القبض إلا العقد؛ فإذا لم يكن إيجاب القَبْض جعل العقد موجباً تعينهما، وإن كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له.

فأما في الوكالة المفردة والمضاربة، فعمل رب المَال ليس بمشروط؛ بل لو شرط ذلك في المضاربة، لأوجب فسادها، فأمكن جعل القبض سبباً للتعيين، فلا حاجة إلى جعل العقد

فأما في الوكالة المفردة والمضاربة، فعمل رب المَال ليس بمشروط؛ بل لو شرط ذلك في المضاربة، لأوجب فسادها، فأمكن جعل القبض سبباً للتعيين، فلا حاجة إلى جعل العقد سبباً، فلم يوجب العقد التعين إلحاقاً له بالشراء، ثم إذا هناك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لأن الهَالِكَ مال ملكه أحدهما بيقين، وأنه أمانة في يد صاحبه، فيهلك على صاحبه خاصّة، بخلاف ما إذا كان رأس المالين من جنسٍ واحدٍ وخلطا ثم هلك ـ أنه يهلك مشتركاً؛ لأنا لا نتيقن أن الهالك مال أحدهما، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق. ٢/١٢٥٨أ

ومنها: فوات المساواة بين رأسي المال في شركة المفَاوَضَة بالمال بعد/ وجودها في ابتداء العقد؛ لأن وجودَ المساواة بين المالين في ابتداء العقد. كما هو شرط انعقاد هذا العَقْد على الصّحة، فبقاؤها شرط بقائها منعقدة؛ لأنها مفاوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين.

وعلى هذا يخرج ما إذا تفاوضَا والمال مستوي، ثم ورث أحدهما ما لا تصحُّ فيه الشركة من الدراهم والدنانير، وصار ذلك في يده ـ أنه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد، وإن ورث عروضاً لا تبطل، وكذا لو ورث ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون؛ لأنها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة؛ وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشِّراء؛ بأن كان أحدهما دَرَاهم والآخر دنانير، فإن زادت قيمة أحَدِهما قبل الشراء بَطَلت المفاوضة لما قلنا؛ لأن عقد الشركة يقف تمامه على الشِّراء، فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد؛ كالبيع لما كان تمامه بالقبض كَانَ هَلاَكُ المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد، والزيادة وقت العقد تمنع من الانْعِقَاد، فإذا طرأ عليه يبطله. قال محمد: وكذلك لو اشترى بأحد المَالَين ثم ازداد الآخر [بطلت الشركة](1)؛ لأن الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال، فصار كأن الزِّيادة كانت وقت العَقْد؛ فإن زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة بحالها؛ لأن تلك الزِّيادة تحدث على مِلْكها؛ لأنها ربح في المال المشْتَري فلا يفضل أحدهما على الآخر.

قال مُحَمَّدٌ ـ رحمه الله ـ: «القِيَاسُ إِذَا اشْتَرَىٰ بِأَحَدِ المَالَيْنِ قَبْلَ صَاحِبِهِ أَنَّهُ تَنْتَقِضُ المُفَاوَضَةُ» لأَنَّ الألف التي لَم يشتر بها بقيت على ملك صَاحبها، وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الآخر، فصار ماله أكثر فينْبَغي أن تبطل المفاوضة؛ إلا أنهم استحسنوا وقالوا: لا تبطل؛ لأن الذي اشْتَرى وجَبَ له على شريكه نصف الثمن ديناً، فلم يفضل المال فلا تَبْطُل المفاوضة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

تم الجزء السابع، ويليه الجزء الثامن

وأوله: «كتاب المضاربة»

---

(١) سقط في ط.

فهرس المحتويات